

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

TROISIÈME PARTIE

Théorie de la Fortune individuelle (suite)

LIVRE DEUXIÈME (suite)

TROISIÈME PARTIE.

SUCCESSION AB INTESTAT AUX INGÉNUS.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

Sommaire. — 1. *Quand meurt-on intestat?* — 2. *Législations qui ont réglementé cette succession.* — 3. *Principes des possessions de biens données* ab intestat *par le préteur.* — 4. *Ordre d'attribution des successions* ab intestat.

SECTION PREMIÈRE. — Quand une personne est-elle considérée comme morte ab intestat?

Les Institutes donnent la réponse à cette question dans le paragraphe qui suit :

Pr. Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.

Meurt intestat, celui qui n'a pas fait de testament, ou qui en a fait un contrairement aux règles du droit, ou bien celui dont le testament a été rompu, annulé, ou abandonné par l'héritier institué. Instit., l. III, tit. 1.

Ulpien déclare que l'on ne doit pas faire rentrer dans la classe des personnes mortes *ab intestat* celles qui n'avaient pas le droit de tester : « Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum « facere, testati non sunt (1). » Quant aux autres, on les tiendra *pro intestatis*. Cette remarque est purement théorique; il n'y a ordinairement aucune différence dans les règles à suivre pour attribuer les biens dont la distribution n'a pas été faite dans un testament.

(1) F. 1, pr., *de suis et legit.* D. 38, 16.

Testament *ruptum* et *irritum*.

Nous savons que le testament est *ruptum* quand il tombe par un événement autre que le changement d'état du testateur ; il y a testament *irritum* si celui qui l'a fait éprouve une *deminutio capitis*.

Objection faite au cas du testament *irritum*.

On peut cependant faire une objection, et nier qu'on meure réellement intestat quand le testament est *irritum*. Dans le cas de *maxima capitis deminutio*, le condamné devient esclave de la peine, ses biens sont confisqués, le plus souvent ; il ne laisse donc pas de succession. S'il y a eu *media capitis deminutio*, le droit de cité est perdu : le défunt pérégrin n'a plus la *factio testamenti*, le droit romain ne peut donc pas se préoccuper de son patrimoine.

Enfin, dans la *minima capitis deminutio*, si l'adrogé reste dans la famille adoptive et sous la *patria potestas*, il n'a pas d'héritiers, suivant le droit civil, puisque tous ses biens appartiennent à l'adrogeant. Si, au contraire, il est émancipé, le préteur donnera la *bonorum possessio secundum tabulas*, et il y aura succession testamentaire. On trouve cependant un cas dans lequel le testament restera sans effets malgré l'émancipation, c'est quand l'adrogé émancipé n'a pas manifesté formellement et par écrit l'intention de le faire revivre (1).

On détermine les héritiers appelés au moment où il est certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire.

Quand l'héritier institué refuse de faire adition, ce qui rend le testament *destitutum*, on ne se place pas, comme en droit français, à l'époque du décès, pour connaître les héritiers appelés ; on examine quels sont les parents auxquels la loi permet de faire adition au moment où il est certain que le testament ne produira aucun effet.

§ 7. Cum autem quæritur, an quis suus heres existere potest : *eo tempore quærendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituto testamento.* Hac ratione, si filius exheredatus fuerit, et extraneus heres institutus, et, filio mortuo postea, certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet ; quia, quo tempore certum est, intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. Et hoc certum est.

Quand on recherche si quelqu'un peut être héritier *ab intestat*, il faut se placer au moment où il est certain que le défunt est mort sans testament, ce qui arrive également quand la succession est refusée. Si donc le fils est exhérédé, qu'un étranger soit institué, et qu'après la mort du fils il devienne certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire par suite de refus ou d'incapacité, c'est le petit-fils qui sera l'héritier sien du grand-père, parce qu'il se trouve seul au moment où il est certain que le chef de famille est mort intestat. C'est là un principe incontestable.

Ce qui est dit des héritiers siens dans ce paragraphe doit être généralisé, et Ulpien formule ainsi le principe : « Quandiu potest ex « testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur (2). » Tant que l'hérédité peut être acceptée en vertu du testament, elle n'est pas déférée *ab intestat* ; c'est ce qui explique comment, dans le cas

(1) F. 11, § 2, *de bonor. possess. secund. tab.* D. 37, 11. — (2) F. 39, *de adq. heredit.* D. 29, 2. — Paul. Sent., liv. IV, tit. VIII, 11.

d'une institution conditionnelle, on se place au moment où la condition vient à défaillir pour déterminer les personnes qui prendront la succession.

SECTION II. — Caractères généraux des législations qui ont réglementé à Rome la succession ab intestat.

Nous trouvons trois législations qui ont successivement réglementé les hérédités *ab intestat :* 1° le droit civil pur ; 2° le droit honoraire ; 3° les constitutions impériales.

Caractères du droit civil.

La législation civile est sur cette matière, comme sur les autres, nette et précise, mais ses décisions sont souvent rigoureuses. C'est le moment où la loi ne reconnaît que la famille civile des agnats et la famille politique des *gentiles*. En dehors de ce cercle, on n'a aucun droit; le fils émancipé n'est plus *suus heres*, il n'est plus agnat, il est sorti de la *gens*, donc il ne peut rien demander dans le patrimoine de son père défunt. Une interprétation de la loi Voconia, sinon cette loi elle-même, vint encore restreindre la capacité de succéder *ab intestat*. La femme agnate ne peut pas réclamer les biens de ses agnats au delà du second degré collatéral; tous ses oncles, cousins, etc., lui succéderont; elle ne peut succéder qu'à ses frères consanguins. Enfin, parmi les agnats, le *proximus* est seul appelé: s'il refuse, il n'y aura pas dévolution au degré qui suit immédiatement, les biens rentreront dans le trésor du peuple, car la loi des douze Tables n'a parlé que du plus proche agnat.

Caractères du droit prétorien.

Le droit prétorien présente un aspect tout différent; ici, plus peut-être que dans les autres parties du droit romain, il manifeste énergiquement la triple mission qu'il s'est attribuée : « Adjuvandi, « vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia. » Usant du droit absolu qu'ils avaient de refuser les formules, et du droit presque aussi étendu d'en accorder, les préteurs arrivèrent à faire prévaloir les liens du sang sur la parenté civile. Pour cela ils employèrent trois moyens : l'interdit *quorum bonorum*; les actions utiles, dont nous indiquerons les effets en parlant de la procédure, et enfin les *bonorum possessiones*, dont les principes doivent nous occuper maintenant.

Remarquons toutefois que, malgré leur tendance à suivre toujours les principes de l'équité, les préteurs avaient reculé devant des améliorations qui furent réalisées par la jurisprudence impériale.

Pr. Jus bonorum possessionis introductum est à prætore *emendandi* veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est, sed

Bonorum possessiones. Instit., l. III, tit. IX.

La législation sur les possessions de biens a été introduite par le préteur pour corriger le droit ancien. Et comme nous l'avons vu déjà, le droit honoraire modifia, à l'aide de ce moyen, non-

In eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam *si alienus posthumus heres* fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a prætore adjuvabatur : sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.

seulement les successions *ab intestat*, mais encore les successions testamentaires. Si on avait institué un posthume externe, bien qu'il ne pût pas accepter l'hérédité d'après le droit civil, l'institution n'étant pas valable, cependant le préteur venait à son secours et lui donnait la possession de biens; mais aujourd'hui cet individu peut être valablement institué héritier, il n'est plus considéré comme inconnu par le droit civil.

§ 1. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis *confirmandi* gratia pollicetur, bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem; item ab intestato *suos heredes et agnatos* ad bonorum possessionem vocat : sed et, remota quoque bonorum possessione, ad eos hereditas pertinet jure civili.

La possession de biens est quelquefois promise, non pour corriger ou combattre le droit civil, mais bien pour le confirmer; car on la donne à ceux qui sont institués dans des testaments régulièrement faits; on appelle également à la possession de biens les héritiers siens et les agnais : du reste, l'hérédité civile appartient à ces personnes, même en laissant de côté cette possession de biens.

Ainsi, on peut être héritier tout à la fois d'après le droit civil et le droit prétorien; l'hypothèse inverse est également vraie, il est possible qu'on vienne à la succession seulement en vertu de l'édit.

§ 2. Quos autem prætor *solus* vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam prætor heredem facere non potest : per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales; sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, *loco heredum* constituuntur, et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur : nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim Tabularum jus percipiendarum hereditatum prætor ex bono et æquo dilatavit.

Ceux que le préteur appelle seul à la succession ne sont pas héritiers d'après le droit civil; car le préteur ne peut pas faire un héritier; cela ne peut être accompli que par la loi ou par un acte de même nature, comme un sénatus-consulte ou des constitutions impériales; mais comme le préteur leur donne la possession des biens, ils sont considérés comme héritiers, et on les appelle *bonorum possessores*. Du reste, le préteur a établi plusieurs degrés dans les possessions de biens qu'il veut donner, car il les a créées pour empêcher qu'on ne mourût sans successeur, et pour étendre, conformément à l'équité, les limites trop resserrées fixées, par la loi des douze Tables, à l'attribution des successions.

Comment le préteur arrivait à faire des successeurs.

Pour bien comprendre la matière des *bonorum possessiones*, il faut se rappeler l'organisation des deux premiers systèmes de la procédure romaine, à l'époque des actions de la loi et du système formulaire, sous lesquels on ne pouvait pas agir en justice sans obtenir du préteur, autrefois, la nomination d'un *judex*, et plus tard la rédaction d'une formule. Le droit honoraire, après avoir pris divers biais, en vint à déclarer franchement qu'il donnerait la succession à telles catégories de personnes et qu'il la refuserait à telles autres; alors

tantôt il y avait concordance, tantôt il y avait opposition entre les deux législations. Ainsi, le droit civil appelle au premier rang les enfants *in potestate*, les héritiers siens; le préteur les met aussi en première ligne par la *bonorum possessio unde liberi* : voilà un cas où le droit honoraire *confirmat jus civile*. Si on suppose, au contraire, que l'enfant soit émancipé, la loi des douze Tables ne lui reconnaît plus aucun droit comme héritier *ab intestat*, et cependant, l'édit lui conserve la préférence sur tous les agnats du père, car il aura encore la *possessio unde liberi*.

Voici probablement comment les choses se passaient dans l'origine : le magistrat, après avoir vérifié la qualité de l'enfant, lui donnait un *jussus* pour se mettre en possession de fait de l'hérédité; et comme tout détenteur d'une succession en devenait propriétaire au bout d'un an, par l'usucapion *pro herede*, même malgré sa mauvaise foi (1), le droit civil était combattu par ses propres armes. Pendant l'année, on refusait toute action aux agnats qui voulaient revendiquer l'hérédité, et ils étaient ainsi réduits à l'impuissance. Le moyen employé par le préteur, pour faire commencer la possession servant de base à l'usucapion, était un interdit *adipiscendæ possessionis* appelé *quorum bonorum* (2).

Avec le temps, la jurisprudence prétorienne devint plus hardie; elle donna directement aux appelés, d'après l'édit, une *possessoria hereditatis petitio*, à l'occasion de laquelle Gaïus dit : « Per quam hereditatis « petitionem tantumdem consequitur bonorum possessor, quantum « superioribus civilibus actionibus heres consequi potest (3). » Par cette demande de l'hérédité, le possesseur de biens acquiert autant que l'héritier peut acquérir par les actions civiles en pétition d'hérédité. Il faut cependant apporter une restriction, au moins nominale, à la généralité de ce principe, puisque, suivant le texte, ils ne sont pas héritiers, mais seulement possesseurs de biens. En fait, ils prenaient tout le patrimoine, mais ils ne pouvaient pas se dire *heredes*, ce qui avait encore une conséquence pour la forme des actions qu'ils pouvaient intenter ou qu'on pouvait diriger contre eux : « Ideoque, dit Ulpien, seu ipsi agant, seu cum his agatur, *ficticiis* « *actionibus* opus est, in quibus heredes esse finguntur (4). » Les possesseurs de biens n'ont que des actions fictices.

Nous avons déjà vu comment le préteur intervenait dans les successions testamentaires, par les *bonorum possessiones contra tabulas* et *secundum tabulas testamenti*; dans les successions *ab intestat*, nous le verrons également se servir de ce moyen pour protéger ou écarter les héritiers appelés dans chaque ordre.

(1) G. C. II, § 52. = (2) V. les règles applicables à cet interdit dans la partie des actions consacrée à ce genre de procédures. = (3) F. 2, *de possess. heredit. petit.* D. 5, 5. = (4) Ulp. Reg., tit. XXVIII, § 12.

§ 3. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ. Prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque *contra tabulas*. Secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur *secundum tabulas*. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et *primo loco* suis heredibus, et his, qui ex edicto prætoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur *unde liberi*. *Secundo* legitimis heredibus. *Tertio* decem personis, quas extraneo manumissori præferebat (sunt autem decem personæ hæ : pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni; item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia; frater, soror, sive consanguinei, sive uterini). *Quarto* cognatis proximis. *Quinto tanquam ex familia*. *Sexto* patrono et patronæ, liberisque eorum et parentibus. *Septimo* viro et uxori. *Octavo* cognatis manumissoris.

Voici les *bonorum possessiones* données dans le cas de testament : la première est réservée aux enfants passés sous silence, et on l'appelle *contra tabulas*; la seconde, promise à tous les héritiers valablement institués, est appelée *secundum tabulas*. Puis, arrivant aux successions *ab intestat*, en premier ordre, l'édit du préteur donne aux héritiers siens et à ceux qu'il leur assimile la possession *unde liberi*. En second ordre, il appelle les héritiers légitimes. En troisième ordre, il donne la possession à dix personnes, qu'il préfère à l'étranger qui a fait la manumission. Ces dix personnes sont : le père, la mère, l'aïeul, l'aïeule, du côté paternel et maternel; le fils, la fille, le petit-fils, la petite-fille, tant du côté du fils que de la fille, le frère, la sœur, utérins ou consanguins. En quatrième ordre, viennent les cognats les plus proches. En cinquième ordre, certains membres de la famille. En sixième ordre, le patron, la patronne, leurs enfants et leurs ascendants. En septième ordre, le mari et la femme. En huitième ordre, les cognats du patron.

Nous expliquerons en détail chacune de ces possessions de biens, quand nous arriverons à examiner les ordres d'héritiers auxquels elles s'appliquent.

Bonorum possessiones cum re, sine re. Il paraît du reste que, dans la pratique, l'application des *bonorum possessiones* amena des difficultés et des complications. Nos textes mentionnent en effet une *bonorum possessio cum re*, possession de biens effective, qu'ils opposent à une *bonorum possessio sine re*, possession existant comme un simple droit abstrait, mais sans aucun effet matériel (1). Voici comment on peut expliquer cette division.

Leur origine. Le droit prétorien avait fixé l'ordre dans lequel il promettait d'accorder les *bonorum possessiones*, et pour éviter que l'incertitude ne se prolongeât trop longtemps, chaque ordre devait se présenter dans un délai déterminé.

§ 8. Cum igitur plures species successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, et in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitte-

§ 8. Le préteur avait introduit plusieurs espèces de successions disposées par ordre, et souvent dans chaque espèce de succession il existait plusieurs degrés d'héritiers; pour éviter que les actions des créanciers ne fussent retardées, pour qu'ils eussent quelqu'un à poursuivre, et enfin pour qu'il n'y eût

(1) G. C. II, § 148. — C. III. § 35-36. — Ulp. Reg., tit. XXVIII, § 13.

rentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque et parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione *anni* spatium, cæteris *centum dierum* dedit.

§ 9. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis *accrescit*; vel, si nemo sit deinceps, cæteris perinde bonorum possessionem *ex successorio edicto* pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur, sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.

§ 10. In petenda autem bonorum possessione *dies utiles* singuli considerantur. Sed bene anteriores principes et huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed, quocumque modo si admittentis eam indicium intra statuta tamen tempora ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

pas lieu de les envoyer en possession des biens du défunt, le préteur fixa un délai dans lequel la possession de biens doit être demandée; aux enfants et aux ascendants naturels ou adoptifs, il accorde *un an*, et *cent jours* aux autres personnes. Délai pour demander la possession de biens.

Si dans ce délai on ne demande pas la possession de biens, elle accroît aux héritiers du même degré; ou s'il n'y en a pas, l'édit successoral promet la possession aux degrés suivants, comme si les degrés précédents n'existaient pas. Lorsqu'un appelé renonce expressément à la possession de biens, on n'attend pas l'expiration du délai fixé pour l'accorder, mais on admet immédiatement les autres degrés, en vertu de l'édit.

Le délai pour demander la possession de biens se compte par jours utiles. Mais les empereurs qui nous ont précédés ont sagement décidé qu'on n'aurait plus besoin de demander la possession de biens; et si, dans les délais établis, on manifeste l'intention de l'avoir, elle produira tous ses effets.

Ainsi, le préteur ordonne aux enfants de se présenter dans l'année utile, et aux autres personnes de venir dans les cent jours utiles. Or, voici ce qui peut arriver : un héritier valablement institué accepte la succession par *pro herede gestio*, et se met immédiatement en possession sans demander l'aide du préteur; quand les cent jours fixés par l'édit sont écoulés, un agnat se présente et fait la triple preuve : 1° que personne n'a demandé la *bonorum possessio secundum tabulas*, 2° qu'il n'y a pas d'héritiers siens, 3° qu'il est le *proximus agnatus*; en conséquence, il demande la possession de biens *unde legitimi*, et il l'obtient nécessairement, puisqu'il réunit toutes les conditions de l'édit; alors, il vient, à l'aide de l'interdit *quorum bonorum*, prendre provisoirement possession de l'hérédité.

L'héritier testamentaire dépouillé intente à son tour la *petitio hereditatis*; et comme le préteur est ici tout disposé à aider le droit civil, il lui fera remettre les biens du défunt. Après le jugement, l'agnat reste *possessor bonorum* par un résultat analogue à celui qu'on formule en disant : « Semel heres, semper heres (1); mais il n'a plus qu'un droit sans effets, *sine re*. Telle est l'explication donnée par Gaïus.

§ 35. Cæterum sæpe quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is cui data

Il arrive souvent qu'on accorde la possession de biens de telle sorte, que Gaius. C. III.

(1) F. 3, § 1, *de bonor. possess.* D. 37, 1.

sit, non obtineat hereditatem; quæ bonorum possessio dicitur *sine re*.

celui auquel on la donne ne prend pas l'hérédité; cette possession de biens est dite sans la chose.

§ 36. Nam si, verbi gratia, jure facto testamento, heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; *sed sine re* ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres *evincere* hereditatem possit.

En effet, si un héritier institué dans un testament valable fait adition sans demander la possession de biens conformément au testament, parce qu'il se contente d'être héritier suivant le droit civil, ceux qui ont droit à la possession de biens *ab intestat* peuvent la demander; mais ils auront seulement le droit héréditaire sans les biens, parce que l'héritier institué dans le testament peut les évincer de la succession.

Dans le paragraphe suivant, Gaïus donne la même explication pour le cas où un agnat vient demander la possession de biens qui avait été négligée par un héritier sien. Ici encore il y aura un *possessor juris*, mais *sine re*, les biens devant être rendus à l'enfant, car le droit civil et le droit prétorien se réunissent pour le faire passer avant les agnats.

Bonorum possessio edictalis et decretalis.

Sous un autre point de vue, on divisait les *bonorum possessiones* en *edictales* et *decretales*.

Ce qu'elles sont.

La *possessio edictalis* était donnée dans les cas ordinaires, prévus d'avance par les termes de l'édit, comme la *possessio secundum tabulas*, *unde liberi*, etc...; on allait, *de plano*, devant le magistrat supérieur, le préteur à Rome, le gouverneur en province, et on obtenait l'envoi : c'était un acte de juridiction gracieuse. Il y avait cependant autrefois certaines formes à suivre pour obtenir la possession de biens; mais Constantin abolit la nécessité des formules : « Ut verborum inanium excludimus captiones, » et il permet de manifester la volonté d'accepter même devant les *duumviri civitatum* (1).

La *bonorum possessio decretalis* tire son nom de la manière dont le magistrat l'accordait. Il fallait qu'il fût dans son tribunal, en session ordinaire; il rendait alors un jugement, *decretum*, et seulement après avoir examiné l'affaire, *causa cognita*. Il fallait agir comme dans les questions contentieuses (2). On cite ordinairement trois cas principaux de *bonorum possessio decretalis* : 1° l'édit Carbonien, quand on contestait la filiation d'un impubère qui demandait la succession de son père prétendu (3); 2° quand un pupille sans tuteur voulait obtenir du préteur la permission d'accepter une succession qui lui était déférée (4); 3° quand la femme veuve demandait la possession de biens, *ventris nomine*, au nom de l'enfant

(1) L. 9, Cod., *qui admitt.*, 6, 9. — Cf. F. 1, § 4, *si tabulæ*. D. 38, 6. = (2) F. 3, § 8, *de bonor. possess.* D. 37, 1. — F. 1, § 7, *de successor. edicto*. D. 38, 9. = (3) F 1, pr., *de Carboniano edicto*. D. 37, 10. = (4) L. 18, § 4, Cod., *de jure deliber.*, 6, 30.

conçu qui avait été omis dans le testament du père légitime (1).

Dans ces deux espèces de possession de biens, on comptait les jours utiles, mais il y avait une différence entre elles. Pour la *possessio edictalis*, on tenait compte de tous les jours : « Quibus scierit « poteritque heres possessionem petere. » Quand il y avait lieu à demander la *possessio decretalis*, on ne considérait que les jours des sessions, et encore en déduisait-on ceux dans lesquels le magistrat s'était occupé d'autres affaires que de la prononciation des jugements (2).

Possessio uti ex legibus.

Il y eut enfin une dernière classe de possession de biens admise avec le temps; elle est désignée ordinairement par les mots *uti ex legibus*.

§ 7. Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto his etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege vel senatusconsulto vel constitutione comprehensum est, quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, prætor stabili jure connumeravit, sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exigit, accommodavit scilicet his, qui ex legibus, senatusconsultis, constitutionibus principum *ex novo jure*, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

Il y a une septième possession de biens que les préteurs ont introduite avec bien de la raison. Ils promettent en effet, dans l'édit, de la donner à tous ceux qui sont appelés à prendre les biens par une loi ou un sénatus-consulte, ou une constitution impériale; cette possession n'est pas assimilée à celles qu'on donne dans le cas de testament ou dans les successions *ab intestat* ordinaires, mais c'est comme un secours extrordinaire donné en dernier lieu à ceux que les lois, les sénatus-consultes, ou les constitutions impériales appellent à la succession en vertu du nouveau droit.

Les préteurs ont créé l'ordre des cognats et les successions entre époux.

Remarquons en terminant qu'à l'aide des possessions de biens les préteurs ont créé deux ordres d'héritiers : 1° les cognats, qui ont fini par remplacer tous les successeurs du droit civil; 2° les époux entre eux. Cependant l'édit proclamait formellement : « Ubicum-« que lex vel senatus, vel constitutio capere hereditatem prohibet, « et bonorum possessio cessat (3); » mais cela signifie seulement que le préteur n'entendait pas détruire les incapacités formellement établies par les lois, tout en se réservant de donner la capacité à des personnes dont le droit civil ne s'occupait pas.

Caractères du droit impérial.

Les constitutions impériales vinrent à leur tour réglementer les successions *ab intestat*; elles eurent pour tendance générale d'élargir encore le cercle des personnes appelées aux successions *ab intestat*. C'est surtout pour les femmes et leurs descendants que les nouvelles lois se montrèrent favorables. Enfin, dans ses deux novelles CXVIII et CXXVII, Justinien adopta pour base exclusive de son système de successions la parenté du sang, et il posa les principes de la théorie

(1) F. 84, *de adq. heredit.* D. 29, 2. = (2) F. 2, § 1-2, *quis ordo.* D. 38, 15. = (3) F. 12, § 1.— F. 13, *de bonor. possess.* D. 37, 1.

qui a été presque entièrement adoptée par le droit civil français.

SECTION III. — Principes généraux d'attributions dans les successions ab intestat.

Il faut avant tout examiner l'ordre, et dans chaque ordre le degré.

Ce que l'on considère avant tout, pour attribuer les successions *ab intestat*, c'est l'ordre dont nous avons donné la notion, t. I, p. 116. Ici, il y a cinq ordres à considérer : 1° les descendants, *sui heredes*; 2° les agnats, ascendants ou collatéraux, et les personnes qui leur sont assimilées, *legitimi heredes*; 3° autrefois, les *gentiles*; 4° les cognats; 5° le mari et la femme; à leur défaut viennent certaines personnes morales, commes les corporations, la légion dont le défunt faisait partie, et enfin le fisc.

Dans chacun des ordres, on attribue la succession à raison de la proximité du degré; quelquefois, plusieurs personnes sont considérées comme n'en formant qu'une, on les désigne alors par l'expression de *stirps*, souche; ainsi, quand un fils est mort laissant sous la puissance du chef de famille plusieurs petits enfants, ceux-ci viendront par souche, c'est-à-dire qu'ils ne prendront à eux tous que la part de leur père décédé.

Exemples des noms employés pour les degrés.

Les Institutes donnent une énumération des premiers degrés dans chaque ordre, mais c'est au Digeste que les jurisconsultes ont cru devoir montrer combien pouvaient se multiplier les liens de la parenté, à mesure que les degrés s'éloignent de la souche commune. Paul énumère quatre-vingts parents possibles au quatrième degré collatéral, et cent quatre-vingts au cinquième (1).

Instit., liv. III, tit. VI.

Pr. Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Qua in re inprimis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam *a latere* dicitur. Superior cognatio est parentum; inferior liberorum; ex transverso fratrum sororumve, eorumque, qui ex his progenerantur, et convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit; at ea, quæ ex transverso, numeratur a secundo.

§ 1. Primo gradu est supra pater, mater; infra filius, filia.

§ 2. Secundo supra avus, avia; infra nepos, neptis; ex transverso frater, suror.

§ 3. Tertio supra proavus, proavia; infra pronepos, proneptis; ex transverso

Il faut indiquer ici comment on compte les degrés de parenté. Remarquons d'abord que le compte est fait tantôt en ligne ascendante, tantôt en ligne descendante, tantôt en ligne collatérale. La cognation supérieure est celle des ascendants, la cognation inférieure celle des enfants; en ligne collatérale il y a les frères, les sœurs et leurs descendants, puis les oncles, les tantes, du côté paternel et maternel. La parenté ascendante ou descendante commence au premier degré; la parenté collatérale au second degré seulement.

Le premier degré ascendant c'est le père, la mère; le premier degré descendant le fils, la fille.

Au second degré ascendant, il y a l'aïeul, l'aïeule; en descendant, le petit-fils, la petite-fille; en ligne collatérale, le frère, la sœur.

Au troisième degré ascendant, le bisaïeul, la bisaïeule; en descendant, l'ar-

(1) F. 9, § 15-16, *de gradib. et affinib.* D. 38, 10.

fratris sororisque filius, filia, et convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui græce πάτρως vocatur; avunculus est matris frater, qui apud Græcos proprie μήτρως appellatur, et promiscue θεῖος dicitur. Amita est patris soror; matertera vero matris soror : utraque θεία, vel apud quosdam τήθις appellatur.

rière-petit-fils et l'arrière-petite-fille; en ligne collatérale, le fils ou la fille du frère ou de la sœur; puis l'oncle paternel, la tante paternelle, l'oncle maternel, la tante maternelle. Le *patruus* c'est le frère du père; les Grecs l'appellent πάτρως; l'*avunculus* c'est le frère de la mère, les Grecs l'appellent proprement μήτρως, et d'une manière générale θεῖος. L'*amita* est la sœur du père, la *matertera* la sœur de la mère. Toutes deux sont appelées θεία, et quelquefois τήθις.

§ 4. Quarto gradu supra abavus, abavia; infra abnepos, abneptis; ex transverso fratris sororisque nepos, neptis, et convenienter patruus magnus, amita magna (id est avi frater et soror), item avunculus magnus, matertera magna (id est aviæ frater et soror), consobrinus, consobrina (id est qui quæve ex fratribus aut sororibus progenerantur). Sed quidam recte *consobrinos* eos proprie putant dici, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos; eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie *fratres patrueles* vocari (si autem ex duobus fratribus filiæ nascantur, sorores patrueles appellantur) : at eos, qui ex fratre et sorore propagantur, *amitinos* proprie dici (amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos).

Sont au quatrième degré ascendant le trisaïeul et la trisaïeule; en descendant, le fils ou la fille des arrière-petits-enfants; en ligne collatérale, le petit-fils et la petite-fille du frère et de la sœur, et aussi le grand-oncle et la grand'tante (c'est-à-dire le père et la sœur de l'aïeul), le cousin et la cousine (c'est-à-dire les enfants issus de deux frères ou de deux sœurs). Mais on appelle surtout *consobrini* ceux qui sont nés de deux sœurs; ceux qui naissent de deux frères sont surtout appelés *fratres patrueles*; si ce sont des filles qui naissent de deux frères, on les appelle *sorores patrueles*. Les enfants du frère et de la sœur s'appellent *amitini*. Les enfants de votre *amita* vous appellent *consobrinus*, et vous, vous les appelez *amitini*.

§ 5. Quinto supra atavus, atavia; infra adnepos, adneptis; ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis, et convenienter propatruus, proamita (id est proavi frater et soror), proavunculus, promatertera (id est proaviæ frater et soror), item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini consobrinæ amitini, amitinæ filius filia, propior sobrinus sobrina (hi sunt patrui magni amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius filia).

Sont au cinquième degré ascendant: l'*atavus*, l'*atavia*; en descendant, l'*adnepos*, l'*adneptis*; en ligne collatérale, les arrière-petit-fils et fille du frère ou de la sœur, et, par contre, le *propatruus*, la *proamita* (c'est-à-dire le frère et la sœur du bisaïeul); le *proavunculus*, la *promatertera*, le frère et la sœur de la bisaïeule; de même l'enfant des cousins par les frères ou par les sœurs; c'est celui qui est *proprior sobrino* d'un degré plus proche que les cousins issus de germain; c'est le fils ou la fille des grands-oncles et des grand'tantes dans les deux lignes.

§ 6. Sexto gradu sunt supra tritavus, tritavia; infra trinepos trineptis; ex transverso fratris sororisque abneptos abneptis, et convenienter abpatruus, abamita (id est abavi frater et soror), abavunculus abmatertera (id est abaviæ frater et soror), item sobrini sobrinæque (id est qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus vel consobrinis vel amitinis progenerantur).

Au sixième degré ascendant sont : le *tritavus* et la *tritavia*; en descendant, le *trinepos* et la *trineptis*; en ligne collatérale, l'*abnepos* et l'*abneptis* des frères et sœurs; et, par contre, l'*abpatruus* et l'*abamita* (c'est-à-dire le frère et la sœur de l'*abavus*); l'*abavunculus*, l'*abmatertera* (frère et sœur de l'*abavia*). De même les cousins issus de germains (c'est-à-dire les enfants des fils de deux frères ou de deux sœurs).

§ 7. Hactenus ostendisse sufficiet, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intellegere, quemadmodum ulterius quoque gradus numerare debemus : quippe semper generata quæque persona gradum adjiciat, ut longe facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.

Il suffit d'avoir indiqué comment on compte les degrés de cognation ; on peut en déduire la marche à suivre pour compter au delà. Chaque génération ajoute un degré; aussi est-il beaucoup plus facile de dire à quel degré on est parent que d'appliquer un nom à ce degré de parenté.

§ 8. Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

Les degrés dans l'agnation se comptent de la même manière.

L'ordre passe avant le degré.

Il ne faut jamais oublier que dans les attributions de successions, le degré n'est considéré qu'après l'ordre; ainsi un parent au quatrième degré comme l'*abnepos* (fils de l'arrière-petit-fils) passera avant un parent au second degré comme le frère : cela tient à ce que le premier fait partie de l'ordre des *sui heredes*, et que le frère ne vient que dans l'ordre des agnats ou des cognats, suivant les cas.

§ 11. Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet, non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari, eoque amplius, nec eum quidem, qui *proximior sit cognatus*, semper potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum heredum, quosque inter suos heredes jam enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quam fratrem aut patrem matrem que defuncti : cum alioquin pater quidem et mater (ut supra quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum ; pronepos autem tertio gradu sit cognatus, et abnepos quarto ; nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus vel ex mancipato, aut ex feminino sexu propagatus est.

En rappelant ce que nous avons dit, il en résulte qu'on n'appelle pas toujours ensemble à la succession ceux qui sont parents au même degré; ce n'est même pas toujours celui qui est le plus proche qu'on préfère. En effet, en premier ordre sont les héritiers siens et ceux qu'on leur assimile ; il en résulte que le petit-fils ou l'arrière-petit-fils sera préféré au frère, au père ou à la mère du défunt, bien que ces personnes soient au premier ou au second degré, tandis que le petit-fils est au troisième. Peu importe qu'il soit ou non sous la puissance du mort, qu'il soit issu d'un fils ou d'une fille.

§ 12. Amotis quoque suis heredibus, quosque inter suos heredes vocari diximus, agnatus, qui integrum jus agnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus ; nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus, aut potiorem, haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt, quotiens neque suorum heredum jure, quique inter suos heredes sunt, neque agnationis, jure aliquis præferri debeat, secundum ea, quæ tradidimus, exceptis fratre et sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum, vel sororum vocantur, qui, et si capite deminuti sunt, tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus agnatis.

Après les héritiers siens et ceux qu'on y assimile, on appelle les agnats dont le droit est entier ; et alors, bien qu'à un degré très-éloigné, ils passent avant les cognats plus rapprochés ; ainsi le petit-fils de l'oncle paternel passe avant l'oncle ou la tante du côté de la mère. Nous disons donc qu'on appelle le plus proche cognat toutes les fois qu'il n'y a ni héritiers siens, ni agnats, car ils sont préférés. Cependant le frère et la sœur émancipés viennent à la succession de leurs frères et sœurs, et ils sont préférés aux autres agnats, bien qu'ils aient éprouvé un changement d'état.

TITRE PREMIER.

Succession à un ingénu fils de famille.

En principe, tout ce que le fils de famille acquérait était la propriété de celui qui avait la puissance paternelle, il n'y avait donc pas à s'occuper de réglementer cette succession. Mais il en fut autrement lorsqu'on eut établi les pécules castrans, quasi-castrans et adventices, si le fils propriétaire mourait intestat, il fallait attribuer ses biens à quelqu'un. Jusqu'aux empereurs chrétiens, le chef de famille succéda seul aux divers pécules, c'était une conséquence de sa puissance paternelle. Ulpien dit : « Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona ejus non quasi hereditas, sed quasi « *peculium* patri deferuntur (1). »

Les pécules castrans, quasi-castrans forment une succession.

Attribuée au père de famille *jure peculii.*

Les empereurs chrétiens changèrent entièrement cet état de choses, en décidant que si le fils de famille avait des biens propres et qu'il mourût intestat, sa succession passerait en premier ordre à ses enfants, en second ordre à ses frères et sœurs; enfin en troisième ordre venaient les ascendants. Dans tous les cas, le chef de famille avait l'usufruit des biens laissés. Justinien étendit ces règles à tous les biens acquis au fils par son travail et autrement qu'avec les capitaux du père, *non ex re patris* (2).

Changement sous les empereurs chrétiens.

TITRE II.

Succession à un ingénu chef de famille.

Quand un chef de famille meurt intestat, ses biens passent aux divers ordres d'héritiers que nous avons déjà mentionnés; nous devons examiner maintenant quelles sont les personnes comprises dans chacune de ces catégories.

PREMIER ORDRE, SUI HEREDES.

L'ordre des héritiers siens comprend trois classes de personnes : 1° celles qui viennent par application du droit civil; 2° celles qui sont appelées par le préteur; 3° celles qui tiennent leurs droits des constitutions impériales.

§ 1. Intestatorum autem hereditates, ex lege duodecim Tabularum, primum *ad suos heredes* pertinent.

§ 2. Sui autem heredes existimantur, ut et supra diximus, qui in *potes-*

La loi des douze Tables attribue en premier ordre les successions *ab intestat* aux héritiers siens.

On considère comme héritiers siens ceux qui étaient sous la puissance im-

1. *Héritiers siens* du droit civil.

Instit., liv. III tit.

(1) F. 2, 9, *de castrensi peculio*. D. 49, 17. — L. 5, Cod., *de castrensi peculio*, 12, 37. =
(2) L. 3, 4, 6, § 1, Cod., *de bonis quæ liberis*, 6, 61.

Énumération des héritiers siens.

tate morientis fuerunt : veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato, prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, *curiis* tamen civitatum dati secundum divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, *suorum* jura nanciscuntur. Nec non eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero, affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, filiosque vel filias habuerit : non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt; quod obtinere censuimus, etiamsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce subtracti fuerint. Ita demum tamen nepos neptisve, et pronepos proneptisve, suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione : nam si per id tempus, quo quis moriatur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque et in cæteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus. Posthumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate futuri forent, sui heredes sunt.

médiate du défunt, comme le fils, le petit-fils ou la petite-fille par un fils, ainsi que les autres descendants ; peu importe qu'ils soient naturels ou adoptifs. A ces enfants il faut ajouter ceux qui ne sont pas issus de justes noces, mais qui ont été offerts *aux curies* des villes, conformément aux institutions impériales déjà mentionnées, car alors ils acquièrent tous les droits des héritiers siens. Il en est de même des enfants compris dans nos constitutions, par lesquelles nous avons décidé que si un homme vivant avec une femme en dehors du mariage, mais sans qu'il y ait empêchement à leur union, veut l'épouser après en avoir eu des enfants, il pourra faire dresser des actes nuptiaux; et alors il aura sous sa puissance, comme descendants légitimes, non-seulement ceux qui naîtront après le mariage, mais encore ceux qui ont été conçus auparavant, puisque c'est à leur occasion que les autres ont été légitimes. Ceci aura lieu, soit qu'il ne naisse pas d'enfants du mariage, soit dans le cas où ils viennent à mourir. Le petit-fils, la petite-fille et les autres descendants, sont au nombre des héritiers siens, si la personne qui les précédait est sortie de la puissance du chef de famille, par la mort ou par tout autre moyen, comme l'émancipation. En effet, si, au moment de la mort d'un citoyen, il a son fils dans sa puissance, le petit-fils n'est pas héritier sien. Il faut appliquer le même principe aux autres descendants. Parmi les héritiers siens, sont encore les posthumes, qui se seraient trouvés en puissance du père s'ils étaient nés avant sa mort.

A l'énumération des Institutes, il faut ajouter : la femme *in manu*; la bru qui est *in manu* du fils, parce qu'elle devient *loco neptis*; les enfants mâles affranchis du *mancipium* après la première ou la seconde vente, puisqu'ils rentrent en puissance du père, et enfin ceux à l'occasion desquels on fait la *probatio erroris* (1).

Héritiers siens après la mort du père.

§ 4. Interdum autem, licet in potestate mortis tempore suus heres non fuit, tamen suus heres parenti efficitur, veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris : jus enim postliminii hoc facit.

Quelquefois un descendant qui n'était pas en puissance du chef de famille au moment de sa mort se trouvera plus tard héritier sien, s'il revient, par exemple, de chez l'ennemi après le décès du père. C'est un effet produit par le droit de *postliminium*.

§ 5. Per contrarium evenit, ut, licet quis in familia defuncti sit mortis tem-

Par contre, il peut arriver que celui qui est en puissance du défunt ne soit

(1) G. C. III, § 3, 5, 6. — Cf., vol. 1, p. 140.

pore, tamen suus heres non fiat, veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit reus perduellionis, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit : suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedit. Sed potest dici, ipso jure esse suum heredem, sed desinere.

pas son héritier sien ; par exemple, si le père est déclaré coupable, après sa mort, du crime de lèse-majesté, et que sa mémoire soit condamnée ; puisque le fisc lui succède, il ne peut pas avoir d'héritiers siens. On peut dire cependant qu'en droit on a été héritier sien, mais qu'on cesse de l'être.

En principe, les actions pénales mouraient avec les personnes qui y étaient exposées; mais quand il y avait accusation de lèse-majesté, on faisait le procès même à la mémoire du défunt, et en cas de condamnation, toute la succession passait au fisc. Quelquefois on laissait aux enfants une partie des biens du condamné; la loi 10, au Code *de bonis proscriptorum*, 9, 49, permet de leur attribuer la moitié du patrimoine (1).

Parmi les descendants *in potestate*, on appelait seulement ceux qui étaient les plus proches en degrés; cependant si un fils était mort laissant des enfants dans la famille, on les admettait, *per stirpem*, à prendre la place de leur père; ils succédaient en concours avec leurs oncles survivants. Representation par souche.

§ 6. Cum filius filiave, et ex altero filio nepos neptisve extant, pariter ad hereditatem vocantur, nec, qui gradu proximior est, ulteriorem excludit : æquum enim esse videtur, nepotes neptesve in patris sui locum succedere. Pari ratione et, si nepos neptisve sit ex filio, et ex nepote pronepos proneptisve simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere : conveniens esse visum est, non in capita, sed *in stirpes* hereditatem dividi, ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item, si ex duobus filiis nepotes extant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertinet, ad tres aut ad quatuor ad altera dimidia.

Quand il y a un fils ou une fille, et un petit-fils ou une petite-fille issus d'un autre enfant, ils sont également appelés à la succession; celui qui est le plus proche en degré n'exclut pas le plus éloigné; il a paru juste que les petits-enfants vinssent prendre la place de leur père. De même s'il y a un petit-fils issu d'un fils, et un arrière-petit-fils né d'un petit-fils, ils seront également appelés. Et comme on a décidé que les petits-fils et les autres descendants prendraient la place de leur père, il a paru juste de déclarer aussi qu'ils viendraient par souche et non par tête, de telle sorte que le fils survivant aura la moitié de l'hérédité, et les enfants du fils décédé l'autre moitié. De même s'il y a de petits-enfants nés de deux fils dont l'un en a laissé un ou deux, et l'autre trois ou quatre, on partagera l'hérédité en deux moitiés, l'une pour la souche dans laquelle il n'y a qu'un ou deux petits-enfants, l'autre pour la souche dans laquelle ils sont trois ou quatre.

Nous savons qu'il faut se placer au moment où il est certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire pour déterminer les personnes

(1) Add., F. 7, *de bonis damnator.* D. 48, 20.— Les Novelles XVII, ch. XII, et CXXXIV, ch. XIII, restreignent au crime de lèse-majesté les cas de confiscation, quand il y a des parents jusqu'au troisième degré.

auxquelles appartient la succession *ab intestat*; nous trouvons une application de ce principe dans le paragraphe qui suit :

Petit-fils posthume.

§ 8. Et licet post mortem avi *natus sit* tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane, *si et conceptus et natus fuerit post mortem avi*, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres avo *non* existit, quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit. Sic nec ille est inter liberos avo, quem filius emancipatus adoptaverat. Hi autem, cum non sunt quantum ad hereditatem liberi, neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati.

Bien qu'un petit-fils soit né après la mort de son grand-père, si cependant il a été conçu de son vivant, que le père vienne à mourir, et qu'ensuite le testament de l'aïeul soit abandonné, il devient héritier sien. Mais s'il a été conçu et qu'il soit né après la mort de l'ascendant, il ne sera pas son héritier sien, bien que son père meure, et que le testament de l'aïeul soit abandonné, parce qu'il n'a aucun lien de parenté avec le père de son père. De même l'enfant adopté par un fils émancipé n'a aucun lien avec le père de l'adoptant. Et comme ils ne sont pas enfants en ce qui touche la succession, ils ne peuvent pas demander la possession de biens comme cognats les plus proches.

Calcul pour établir le moment de la conception dix mois avant la naissance.

Pour savoir si la conception remontait à l'époque où vivait encore l'ascendant, on comptait rétroactivement dix mois à partir du jour de la mort. « Post *decem menses* mortis natus non admittetur ad « legitimam hereditatem (1). »

Nous avons déjà expliqué, dans les hérédités testamentaires, comment les héritiers siens étaient en même temps héritiers nécessaires, et comment le préteur leur permit d'éviter la note d'infamie à l'aide de l'abstention protégée par l'exception *non adfectatæ hereditatis*.

2. Héritiers siens du droit prétorien.

Le droit prétorien s'est surtout occupé des enfants qui avaient perdu leurs droits de succéder dans le premier ordre, par suite de l'émancipation.

Bonorum possessio unde liberi.

§ 9. *Emancipati* autem liberi jure civili nihil juris habent : neque enim sui heredes sunt, quia in potestate esse desierunt parentis, neque alio ullo jure per legem duodecim Tabularum vocantur. Sed prætor, naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem *unde liberi;* perinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis extantibus, emancipato et qui mortis tempore in potestate fuerit : sane quidem is, qui in potestate fuerit, solus jure civili heres est, id est solus suus heres est; sed cum emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, evenit, ut suus heres pro parte heres fiat.

Les enfants émancipés n'ont aucun droit suivant la loi civile; ils ne sont pas *sui heredes*, puisqu'ils ne sont plus en puissance de l'ascendant, et la loi des douze Tables ne les appelle à aucun autre titre. Mais le préteur, déterminé par l'équité naturelle, leur donne la possession de biens *unde liberi*, comme s'ils avaient été en puissance du chef de famille quand il est mort, sans distinguer s'ils sont seuls ou s'ils concourent avec d'autres héritiers siens. Donc, s'il y a deux enfants, l'un émancipé, l'autre en puissance au moment de la mort, ce dernier est seul héritier d'après le droit civil; mais l'émancipé étant admis à partager, grâce au secours du préteur, devient héritier sien pour partie.

(1) F. 3, § 11, *de suis et legitim.* D. 38, 16.

Les enfants émancipés auxquels le préteur donne la possession de biens ne sont pas héritiers nécessaires, il faut qu'ils demandent la succession.

Quelquefois on rencontrait dans la pratique un cas tout à fait spécial. Quand le fils émancipé avait laissé des enfants dans la famille, et qu'il venait à la mort de l'ascendant demander la possession de biens ***unde liberi***, quel était l'effet de l'intervention du préteur vis-à-vis des petits-enfants devenus héritiers siens par l'émancipation de leur père? Logiquement, l'émancipé devait exclure ses enfants, puisqu'il était censé reprendre sa place dans la famille; il paraît même qu'on était arrivé autrefois à ce résultat; mais Julius Salvianus décida, dans l'édit perpétuel, que le père partagerait avec ses propres enfants la part à laquelle il aurait eu seul droit, s'il était resté dans la famille. (V. au Digeste le titre *de conjungendis cum emancipato liberis*, liv. XXXVII, tit. VIII.) *Edictum de conjungendis cum emancipato.*

Le préteur ne donne la possession de biens ***unde liberi*** qu'aux enfants émancipés ***sui juris*** au moment de la mort du père émancipateur; s'ils sont dans une famille adoptive, il ne leur suppose plus le titre d'héritiers siens, et ne leur permet de venir à la succession qu'avec le troisième ordre, par la ***bonorum possessio unde cognati***. Il ne faut pas que les enfants émancipés soient dans une famille adoptive.

§ 10. At hi, qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris, quasi liberi, si modo, cum is moreretur, in adoptiva familia sint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent; et convenienter, quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo, et quantum ad hunc, æque extraneorum loco fiunt; et quantum ad naturalis parentis bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur : quod ideo sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.

§ 11. Minus ergo juris habent adoptivi quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant; adoptivi vero emancipati et jure civili perdunt gradum liberorum, et a prætore non adjuvantur. Et recte : naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec, quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii fi-

Les enfants émancipés qui se sont donnés en adrogation ne sont pas admis aux biens du père naturel, en qualité d'enfants, s'ils sont encore dans la famille adoptive au moment de sa mort. Mais si l'adoptant les a émancipés du vivant du père naturel, ils viennent à la succession de ce dernier, comme s'ils avaient été émancipés par lui, et comme n'ayant jamais été dans la famille adoptive. Du reste, ils sont censés alors tout à fait étrangers vis-à-vis de celui qui a été leur père adoptif. Si l'adoptant les émancipe après la mort du père naturel, ils deviennent étrangers à la famille adoptive sans acquérir les droits d'enfant sur les biens du père naturel. On a décidé cela parce qu'il était injuste que le père adoptif pût à son gré faire avoir au père naturel les enfants ou les agnats pour héritiers.

Les enfants adoptifs ont donc moins de droit que les enfants naturels. Quand ces derniers sont émancipés, ils conservent, par la protection du préteur, le degré d'enfant qu'ils ont perdu d'après le droit civil; les enfants adoptifs émancipés perdent leur qualité, suivant le droit civil, et ils ne sont pas secourus par le préteur. Cela est juste; la loi civile ne doit pas enlever des droits fondés sur

liæve, aut nepotes neptesve esse; adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt.

la nature; bien que les émancipés cessent d'être héritiers siens, ils sont toujours fils, filles, petits-fils ou petites-filles. Au contraire, les enfants adoptifs émancipés deviennent étrangers, car ils perdent, par un moyen du droit civil, les droits et le nom de fils ou de fille, qu'ils tenaient de la loi civile elle-même.

Collatio bonorum. Ses motifs. Ses principes.

Tout en faisant dominer la parenté naturelle, les préteurs ne voulaient pas, cependant, arriver à des résultats contraires à l'équité; c'est pour cela qu'ils imposèrent à l'enfant émancipé qui demandait, soit la *bonorum possessio contra tabulas*, soit la *bonorum possessio unde liberi*, la nécessité de faire le rapport, la *collatio bonorum*, aux enfants restés dans la famille. Rien n'est plus équitable que cette disposition de l'édit. L'enfant émancipé a travaillé pour lui, il a pu se faire un patrimoine à part; au contraire, les enfants restés en puissance ont toujours acquis pour le père qui vient de mourir, c'est leur travail qui a contribué à former la succession dont l'émancipé veut prendre sa part; il est donc juste qu'il remette dans la masse commune les biens qui y seraient entrés s'il n'était pas sorti de la puissance paternelle. A ce premier principe les préteurs avaient ajouté le désir de conserver l'égalité entre les enfants, quand l'un d'eux avait reçu des libéralités du père; c'est là surtout ce qui a amené la *collatio dotis*, le rapport de la dot, imposé à la fille qui vient à la succession de son père en concurrence avec ses frères.

On ne peut demander la *collatio* que si la *bonorum possessio* nuit aux *sui heredes*.

Les enfants qui sont restés en puissance ne peuvent demander la *collatio bonorum* aux frères émancipés que si leur présence leur est nuisible; si, au contraire, elle leur est favorable, la *collatio* ne peut plus être exigée. Voici l'hypothèse prévue par les textes : un chef de famille avait donné dans son testament neuf onces à un étranger, trois onces à un fils *in potestate*, et il avait passé sous silence un fils émancipé. Celui-ci fait tomber le testament par la possession de biens *contra tabulas*, il y a lieu à partager la succession *ab intestat*; le frère qui est dans la famille va se trouver avoir six onces au lieu de trois, il ne peut pas demander la *collatio* (1).

A qui est due la *collatio*. Comment on calcule.

Quand le rapport est dû, on le fait seulement aux enfants qui sont restés *in potestate*; s'il y a plusieurs frères émancipés, ils sont complétement étrangers les uns aux autres pour la partie des opérations relative au rapport. Ainsi le chef de famille avait deux enfants en puissance et deux émancipés, on fera une double série de calculs. Le premier fils émancipé comptera avec ses frères, leur remettra les deux tiers de ce qu'il a gagné hors de la famille, et il gardera le troi-

(1) F. 1, § 5, *de collat.* D. 37, 6.

sième tiers; le second émancipé agira de même, ce qui n'empêchera pas de partager ensuite la succession en quatre parties égales. Il y a cependant une dérogation au principe dans le cas de l'édit *de conjungendis cum emancipato liberis*. Le père émancipé, venant seulement partager avec ses enfants la part afférente à leur souche, ne doit point le rapport aux autres héritiers, puisque sa présence ne leur nuit pas; il donnera donc à ses enfants la moitié de ses biens propres, et il prendra une quotité correspondante dans ce qui leur est attribué sur la succession de l'aïeul (1).

Choses dont on ne doit pas la *collatio*.

Les divers pécules qui formaient une propriété, même pour les fils de famille, comme les pécules castrans, quasi-castrans ou adventices, n'étaient pas soumis à la *collatio*, l'émancipation ne devant pas diminuer leurs droits de propriété. Il en était de même pour les biens acquis après la mort du père, et pour les sommes qui devaient être remises à des tiers, comme la dot de la femme (2).

Si tous les enfants venaient à la succession par une vocation testamentaire, il n'y avait pas lieu au rapport, puisque la *possessio bonorum* était inutile. Sous Justinien, cependant, la *collatio* ayant surtout pour but d'établir l'égalité entre les cohéritiers, on l'exigea même dans les successions testamentaires, à moins que le testateur n'en eût formellement dispensé (3). C'est le principe qui a passé dans le Code Napoléon pour les libéralités faites par le défunt (art. 843).

Comment on faisait le rapport.

Le rapport avait lieu, soit en nature, par la remise aux cohéritiers des objets dont on était propriétaire, soit en moins prenant, soit enfin en donnant des cautions, si l'accomplissement de l'obligation ne pouvait pas avoir lieu immédiatement. Dans tous les cas, on déduisait les dettes qui grevaient les biens rapportés (4). Si l'émancipé refusait de faire la *collatio*, on laissait les biens entre les mains des héritiers siens; s'il y avait seulement difficulté, on nommait un séquestre administrateur de la portion afférente à l'enfant (5).

Collatio dotis.

Les filles qui avaient été dotées devaient tenir compte à leurs cohéritiers des valeurs reçues, afin d'éviter qu'il n'y eût pour elles un avantage aux dépens des autres enfants.

La *collatio dotis* était due seulement dans les successions *ab intestat* attribuées par le droit civil ou par le droit prétorien. Dans le cas de testament, la fille ne devait faire le rapport que si le père l'avait expressément exigé. Enfin, on ne pouvait rien demander à la fille dotée qui ne venait pas à la succession (6).

Il faut remarquer que la dot profectice devait être rapportée

(1) F. 1, § 24, *de collat.* D. 37, 6. — F. 1, § 13, *de conjungend.* D. 37, 8. = (2) F. 1, § 15, 20. — F. 3, § 4, *de collat.* D. 37, 6. = (3) L. 1, Cod., *de collationib.*, 6, 20. — Nov. XVIII, ch. VI. = (4) F. 1, § 9, 11, 12. — F 2, § 1, *de collat.* D. 37, 6. = (5) F. 2, § 8-9. — F. 5, § 1, 2, *de collat.* D. 37, 6. = (6) F. 1, 3, 9, *de dotis collat.* D. 37, 7. — F. 39, § 1, *familiæ erciscundæ.* D. 10, 2. — L. 4, 7, 10, Cod., *de collationib* , 6, 20.

même aux enfants émancipés, parce qu'elle venait du père; tandis que la dot adventice était soumise à la *collatio* seulement, vis-à-vis des enfants restés *in potestate*.

Comment la fille rapporte sa dot.

Si le mariage existait encore, la fille dotée faisait le rapport en moins prenant. S'il y avait déjà dissolution du mariage et que la dot eût été rendue à la femme, elle devait rendre les biens en nature. Dans le cas où le mari devait encore la dot, la femme cédait ses actions contre lui, et les chances d'insolvabilité pesaient sur tous les cohéritiers. Enfin, si la dot était seulement promise, la femme était censée l'avoir rapportée quand elle faisait acceptilation avec ses cohéritiers (1).

La novelle XCVII, chap. VI, rendit la femme responsable du défaut de poursuites contre le mari, pour obtenir la restitution de la dot, si elle le voyait marcher vers sa ruine, *vergere ad inopiam*.

Le rapport de la dot avait lieu déduction faite des dépenses nécessaires pour sa conservation : « Impensæ necessariæ ipso jure dotem « minuunt. » Le refus de la *collatio dotis* faisait exclure la femme du partage.

3. Héritiers siens du droit impérial.

La première innovation qui soit venue modifier, sous les empereurs, la succession des *sui heredes* se trouve dans le sénatus-consulte Orphitien, voté vers l'an 178 après J.-C., sous le règne de Marc-Aurèle et Commode.

Premier cas. Sénatus-consulte Orphitien.

Comme nous l'avons déjà vu bien des fois, les femmes n'ayant pas la puissance paternelle ne pouvaient pas avoir d'héritiers siens, et les préteurs n'avaient pas osé aller jusqu'à donner à leurs enfants la possession de biens *unde liberi*; ils les considéraient seulement comme les premiers cognats. Cette législation était inique, en ce que les agnats collatéraux passaient avant les enfants. Il est vrai que dans la pratique, on évitait ces conséquences à l'aide de la *conventio in manum;* la femme se vendait à son enfant, qui héritait ensuite quasi *patronus*. Le sénatus-consulte Orphitien rendit ce détour inutile : « Id actum « est, ut *sine in manum conventione*, matrum legitimæ hereditates ad « filios pertineant (2). »

Instit., l. III, tit. IV.

Pr. Per contrarium autem, ut liberi ad bona matrum intestarum admittantur, senatusconsulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est divi Marci temporibus. Et data est tam filio, quam filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt; et præferuntur et consanguineis et agnatis matris.

Le sénatus-consulte Orphitien, porté à l'époque de Marc-Aurèle, sous le consulat d'Orphitus et de Rufus, appela les enfants à la succession de leurs mères mortes *ab intestat*. L'hérédité légitime fut donc donnée tant au fils qu'à la fille, bien qu'ils fussent sous la puissance d'autrui; on les préférait aux frères consanguins et aux agnats de la mère.

(1) F. 1, § 6, 8, *de dotis. collat.* D. 37, 7. — L. 16, Cod., *de collat.* 6, 20. = (2) Ulp Reg., tit. XXVI, § 7.

Les enfants de la femme morte intestat sont préférés à toutes les autres personnes, sauf le père qui avait la *patria potestas* (1). Le texte du sénatus-consulte portait le mot *filii*, les rédacteurs des Institutes ont préféré l'expression *liberi* comme plus générale. Malgré la faveur accordée aux enfants, on excluait ceux qui s'étaient loués pour combattre dans le cirque, ou qui avaient subi une condamnation entraînant la *capitis deminutio*; ces personnes ne pouvaient succéder qu'après avoir obtenu la *restitutio in integrum*. Du reste, la jurisprudence mit encore de côté ces prohibitions (2).

Enfants exclus.

Les enfants appelés à la succession de la mère tiennent le milieu entre les héritiers siens et les héritiers prétoriens, en ce que d'un côté ils ne sont pas obligés de prendre l'hérédité, et que d'un autre ils peuvent se mettre en possession sans demander l'envoi au préteur. Si les enfants refusent la succession de la mère, on revient aux anciens principes : « Jus antiquum esto (3). »

§ 1. Sed cum ex hoc senatusconsulto nepotes ad aviæ successionem legitimo jure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut, ad similitudinem filiorum filiarumque, et nepotes et neptes vocentur.

Mais ce sénatus-consulte n'appelait pas les petits-enfants à recueillir la succession de leurs aïeules; dans la suite, les constitutions impériales ont corrigé cela, et admis les petits-fils et les petites-filles, comme les fils et les filles.

Vocation à la succession des aïeules.

Tout en appelant les petits-enfants issus des filles, on leur fit subir une diminution d'un tiers quand ils concouraient avec des enfants au premier degré, et d'un quart lorsqu'ils venaient partager avec des agnats (4). Nous verrons bientôt que Justinien abolit cette différence.

Diminution d'un tiers quand les petits-enfants concourent avec les enfants, et d'un quart vis-à-vis des agnats.

§ 2. Sciendum est autem, hujusmodi successiones, quæ a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim Tabularum deferuntur.

Il faut rappeler que les successions de ce genre, déférées par le sénatus-consulte Orphitien et le sénatus-consulte Tertullien, ne sont pas perdues par la *capitis deminutio*, c'est une application de cette règle que les changements d'état éteignent le droit aux successions venant des douze Tables, mais non pas à celles qui sont déférées par les nouvelles lois.

La *capitis deminutio* n'empêche pas le sénatus-consulte Orphitien.

Le texte veut parler ici de la *minima capitis deminutio*, les deux autres ayant toujours fait perdre les droits de succession attachés à la qualité de parent; aussi Ulpien dit-il, après avoir établi le même principe : « Nisi magna capitis deminutio interveniat, quæ vel *civi-* « *tatem* adimit, ut puta si deportetur (5). » Paul ajoute dans ses

(1) F. 1, § 1, 9, *ad sc. Orphit.* D. 38, 17. — L. 1, 4, Cod., *de sc. Orphit.*, 6, 57. = (2) F. 1, § 6. — F. 9, *ad sc. Orphit.* D. 38, 17. = (3) Paul. Sent., liv. IV, tit. 10, § 4. — L. 3, Cod., *de sc. Orphit.*, 6, 57. = (4) L. 4, § 1, 2, Cod. Theod., *de suis legit.*, 5, 1. = (5) F. 1, § 8, *ad sc. Orphit.* D. 38, 17.

Sentences (liv. IV, t. x, § 2), que la fille devenue esclave par suite de l'application du sénatus-consulte Claudien ne peut pas succéder à sa mère, même après la manumission.

§ 3. Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti.

Ce sénatus-consulte admettait à la succession de la mère aussi bien les enfants nés de père inconnu que les enfants légitimes.

A l'époque du sénatus-consulte, tous les enfants étaient dans la même condition vis-à-vis de la mère; mais sous les empereurs chrétiens, on commença à frapper d'incapacité les enfants nés hors des noces reconnues par la loi ; dans l'espoir de prévenir l'inconduite des parents, on leur défendit d'instituer les fils ou les filles nés des unions passagères (1). Justinien avait adouci cette législation, et cependant il déclare dans la loi 5, au Code, *ad senatus-consultum Orphitianum*, 6, 57, que si une femme *illustris* a eu des enfants nés en juste mariage, et un fils issu d'un commerce illégitime, elle ne pourra rien lui laisser par testament; mais il en serait autrement dans le cas de l'union licite connue sous le nom de *concubinat* : « Sin autem concubina liberæ conditionis constituta filium vel « filiam procreaverit, eos etiam cum legitimis liberis ad materna « venire bona. »

Condition des enfants de la femme *illustris*.

2° *Innovation du droit impérial.*

La seconde innovation du droit impérial, pour les héritiers siens, concerne encore les descendants par les femmes.

Vocation des petits-enfants par les filles.

Il s'agit des petits-enfants issus de la fille du défunt. Comme ces descendants étaient dans la famille de leur père, le droit civil ne les appelait point à la succession de l'aïeul maternel. Quant au droit prétorien, il leur donnait seulement la *bonorum possessio unde cognati*, ce qui les faisait venir en troisième ordre.

En l'an 389 après J.-C., les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, modifièrent la législation sur ce point.

Instit., l. III, tit. I,

§ 15. Item vetustas, ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, et juri agnatorum eos anteponebat; nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, et pronepotes ex neptibus cognatorum loco numerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, sive paternæ sive maternæ, successionem. Divi autem principes non passi sunt, talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere : sed cum nepotis et pronepotis nomen commune est utrisque, qui tam ex masculis quam

Les descendants par les mâles leur prennent un tiers.

De même l'ancien droit, préférant les descendants par les mâles, appelait comme héritiers siens, avant les agnats, les petits-fils et les petites-filles par les hommes; quant aux petits-fils issus des filles et les arrière-petits-fils nés des petites-filles, on les appelait après les agnats au rang des cognats, tant dans la succession de l'aïeul et du bisaïeul maternel que dans celle de l'aïeule et de la bisaïeule paternelle ou maternelle. Mais les empereurs n'ont pas voulu laisser sans correction cette règle si contraire à la nature; et, comme le titre de petit-fils ou petite-fille est commun à tous les descendants par les hom-

(1) V. ci-après, tit. VIII, le résumé de la législation sur les enfants naturels.

ex feminis descendunt, ideo eundem gradum et ordinem successionis eis donaverunt; sed ut aliquid amplius sit eis, qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragio muniuntur, portionem nepotum et neptum, vel deinceps, de quibus supra diximus, paulo minuendam esse existimaverunt, ut minus tertiam partem acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum, vel avus paternus, sive maternus, quando femina mortua sit, cujus de hereditate agitur, hisque, licet soli sint, adeuntibus, agnatos minime vocabant. Et quemadmodum lex duodecim Tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi vocat : ita et principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat.

mes ou par les femmes, ils leur ont donné le même rang dans l'ordre de succession; cependant, afin qu'il y eût quelque chose de plus pour ceux qui avaient de leur côté la nature et l'ancien droit, ils ont pensé qu'il fallait diminuer un peu la part des petits-fils ou petites-filles dont nous avons parlé; ils recevaient donc un tiers de moins dans la part qui aurait été attribuée à leur mère, leur aïeule, leur père ou leur aïeul maternel; mais s'ils étaient seuls, ils n'en excluaient pas moins les agnats. Et, de même que la loi des douze Tables, à la mort du fils, appelle, pour le remplacer, les petits-fils ou les arrière-petits-fils, à la succession de l'aïeul; de même les lois impériales appellent ces descendants, après la mort de leur mère, à la succession de l'aïeule, mais avec la diminution du tiers dont nous avons déjà parlé.

Dans la loi 4, § 1, au Code Théodosien, *de legitimis heredibus*, 5, 1, nous voyons que si le défunt laissait des agnats qui auraient dû passer avant les enfants des filles, on leur donnait un quart, *quartam Falcidiam*, et les descendants prenaient les trois autres quarts : « Et in dodrantem nepotes jure succedant. » Justinien enlève aux agnats la part qui leur avait été accordée.

§ 16. Sed nos, cum adhuc dubitatio manebat inter agnatos et memoratos nepotes, partem quartam defuncti substantiæ agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate : memoratam quidem constitutionem a nostro codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est : et sanximus, talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, et deinceps, superstitibus, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare, ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora et nunc sancimus: ita tamen, ut, quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hereditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes, et alias deinceps personas, ut utraque progenies matris suæ vel patris, aviæ

Comme il y avait encore quelque doute sur les droits des agnats et de ces petits-enfants, les premiers réclamant un quart de la succession en vertu d'une certaine constitution, nous avons ordonné d'écarter cette loi de notre Code, et défendu de la prendre dans le Code Théodosien. Nous avons entièrement dérogé au droit de cette loi, en décidant que les agnats ne pourraient rien demander s'il y a des enfants issus des filles ou des arrière-petits-enfants issus des petites-filles, nous ne voulons pas que les collatéraux soient préférés aux descendants en ligne directe. Nous avons ordonné et nous ordonnons que cette constitution soit respectée, en observant que ces descendants des filles viendront à la succession par souche et non par tête, absolument comme on procédait autrefois pour les petits-enfants issus des mâles; ainsi chaque souche prendra la part afférente à son auteur, père, mère, aïeul, ou aïeule, et cela sans diminution. S'il y a donc un ou deux descendants d'un côté, et de l'autre trois ou quatre, les premiers au-

vel avi, portionem *sine ulla deminutione consequantur*, ut, si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

ront une moitié de l'hérédité, et les autres la seconde moitié.

Il semblerait résulter du texte que Justinien enlève aux autres descendants par les mâles le tiers qui leur avait été donné en plus par la constitution de Théodose; nous voyons cependant au Code qu'il n'en est rien : la constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius est reproduite, sauf en ce qui touche le quart destiné aux agnats (1). Ce fut seulement dans la novelle XVIII, chap. IV (an 537 ap. J.-C.), que l'empereur mit tous les descendants sur la même ligne.

Condition des enfants adoptifs.

Pour terminer ce qui concerne les héritiers siens, il faut rappeler la législation de Justinien sur les enfants adoptifs.

§ 14. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt : aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus, *quæ a patribus suis naturalibus* in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii et naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, et adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, *integra omnia jura ita servari*, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuerit subsecuta, nisi in hoc tantummodo casu, ut possit *ab intestato* ad patris adoptivi venire successionem. *Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio, aliquid ex hereditate ejus persequi potest*, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta, cum nec necessitas patri adoptivo imponitur, vel heredem eum instituere, vel exheredatum facere, utpote nullo naturali vinculo copulatum. *Neque si ex Sabiniano senatusconsulto ex tribus maribus* fuerit adoptatus : nam et in hujusmodi casu *neque quarta ei servatur, nec ulla actio ad ejus persecutionem* ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis

L'antiquité avait établi les règles que nous avons cru devoir corriger en ce qui touche les personnes données en adoption par leur ascendant naturel. Nous avons trouvé des cas dans lesquels les enfants perdaient la succession de leurs ascendants naturels à cause de l'adoption, et celle de l'adopté à cause de l'émancipation qui avait lieu trop facilement, de telle sorte qu'on ne succédait ni à l'un ni à l'autre. Corrigeant ce point, suivant notre habitude, nous avons décidé, dans une constitution, que le fils donné en adoption conserverait tous ses droits dans sa famille naturelle; seulement il pourra succéder *ab intestat* au père adoptif. Mais si celui-ci a fait un testament, l'adopté ne peut rien réclamer d'après le droit civil ou le droit prétorien; il n'aura ni la possession de biens *contra tabulas*, ni la plainte d'inofficiosité, puisque le père adoptif n'est pas obligé d'instituer ou d'exhéréder l'enfant qui ne lui est attaché par aucun lien naturel. Il n'aura rien, même en vertu du sénatus-consulte Sabinien, s'il a été adopté entre trois enfants mâles, car il n'a plus droit à la quarte, et on ne lui donne aucune action pour la demander. Mais notre constitution a excepté celui qui a été adopté par un ascendant naturel, car alors, le droit civil se réunissant au droit naturel, nous avons conservé à cette adoption tous ses anciens effets; il en est de même pour l'adrogation. Tout

(1) L. 9, Cod., *de suis et legit.*, 6, 55.

adoptandum susceperit : utroque enim jure, tam naturali quam legitimo, in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptione servavimus, quemadmodum si paterfamilias sese dederit *arrogandum*. Quæ specialiter et singillatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

cela peut être vu avec plus de détails dans la constitution elle-même.

Ainsi, tous les anciens principes restent applicables à l'adrogation et à l'adoption faite par un ascendant.

Dans les autres cas, l'adopté ne sort plus de sa famille; il acquiert seulement le droit de succéder *ab intestat* au père adoptif.

Justinien abolit même le droit à la quarte Sabinienne, *ex tribus maribus*. Le sens du sénatus-consulte Sabinien a donné lieu à quelques discussions. Théophile dit formellement, dans sa paraphrase, que l'enfant adopté entre trois mâles avait droit au quart des biens de l'adoptant, comme l'adrogé avait droit à la quarte Antonine. Des auteurs ont contesté cette application, et soutenu que la quarte *ex tribus maribus* devait être prise sur les biens du père naturel. Le premier avis nous semble beaucoup plus probable.

Il n'y a plus de quarte Sabinienne.

Le sénatus-consulte Sabinien, dont on ignore la date, est encore mentionné au Code Théodosien, loi 132, *de decurionibus*, 12, 1, et au Code de Justinien, loi 66, *de decurionibus*, 10, 31.

DEUXIÈME ORDRE D'HÉRITIERS AB INTESTAT. — LES AGNATS. HÉRITIERS LÉGITIMES.

Pr. Si nemo suus heres, vel eorum, quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, extat, et qui successionem quoquo modo amplectatur : tunc ex lege duodecim Tabularum ad agnatum proximum hereditas pertinet.

S'il n'y a pas d'héritiers siens ou de personnes qui viennent prendre la succession en cette qualité, d'après le droit prétorien ou les constitutions impériales, les biens passent, conformément à la loi des douze Tables, au plus proche agnat.

Instit., L. III, tit. II.

Tant qu'il est possible d'espérer qu'il y aura adition faite par un héritier du premier ordre, il n'y a pas dévolution aux agnats.

§ 3. Quandiu suus heres speratur heres fieri posse, tamdiu locus agnatis non est; velut si uxor defuncti prægnans sit, aut filius apud hostes sit.

Tant qu'on espère qu'un des héritiers siens prendra la succession, il n'y a pas vocation des agnats, par exemple si la femme du défunt est enceinte ou si le fils est prisonnier chez l'ennemi.

Ulp. Reg., tit. XXVI.

Il ne faut pas oublier du reste que, suivant le droit prétorien, les héritiers siens peuvent venir demander, dans le second ordre, la possession de biens *unde legitimi*. S'ils ont laissé écouler le délai imposé pour demander la succession en qualité d'héritiers siens, le préteur pensait avec raison que celui qui pouvait figurer dans le premier ordre avait *à fortiori* le droit de venir dans le second (1).

Les héritiers siens peuvent venir parmi les agnats.

(1) F. 2, *unde legit.* D. 38, 7.

On appelle le plus proche agnat.

§ 1. Sunt autem agnati, ut primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Hi quoque, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem, sed his, qui tunc *proximiore* gradu sunt, *cum certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.*

Les agnats sont, comme nous l'avons dit dans le premier livre, les parents joints par des générations masculines; ils sont parents par le père. Ainsi deux frères, nés du même père, sont agnats sans qu'il y ait à examiner s'ils ont la même mère. Ainsi l'oncle paternel est agnat du fils de son frère, et réciproquement. C'est également la condition de deux cousins, issus de deux frères. Nous pouvons donc établir plusieurs degrés d'agnation. Ceux qui naissent après la mort de leur père sont aussi des agnats. La loi des douze Tables n'appelle pas tous les agnats simultanément, mais seulement celui qui est le plus proche, au moment où on a la certitude que le défunt est mort intestat.

Ulpien ajoute dans la *Collatio legum mosaïcarum* : « Consangui- « neos et adoptio facit, et adrogatio, et causæ probatio, et in manum « conventio (1). »

Au moment de la mort ou quand on sait qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire.

§ 6. Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisque decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento heredem extaturum; tunc enim proprie quisque intelligitur intestatus decessisse. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur : in quo spatio temporis sæpe accidit, ut, proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

Si le défunt est mort sans testament, on appelle le plus proche agnat au moment de la mort. Que s'il y a un testament, on examinera l'époque où il sera certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire, car c'est alors qu'on est réellement intestat. Ceci n'arrive souvent que longtemps après la mort; et, dans cet espace de temps, il peut se faire que le plus proche agnat mourant, sa place soit prise par celui qui était plus éloigné au moment de la mort du testateur.

§ 5. Si plures sint gradus agnatorum, aperte lex duodecim Tabularum *proximum* vocat : itaque si verbi gratia sit frater defuncti, et alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex proximum vocet : tamen dubium non est, quin et, si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur : nam et proprie proximus ex pluribus gradibus intellegitur, et tamen dubium non est, quin licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

S'il y a plusieurs degrés d'agnats, la loi des douze Tables appelle formellement le plus proche. S'il y a donc un frère du défunt et le fils d'un autre frère ou un oncle paternel, le frère sera préféré. Bien que la loi se soit exprimée au singulier, il n'est pas douteux que s'il y a plusieurs agnats au même degré, ils ne soient tous admis; quand on dit le plus proche, on considère les divers degrés, car s'il n'y a des agnats qu'à un seul degré, ils n'en prendront pas moins tout le patrimoine.

§ 3. Cæterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas etiam *longissimo* gradu ultro citroque capitur. Quod

Entre les hommes, l'hérédité est réciproquement déférée en vertu de l'agnation même au degré le plus éloigné,

(1) *Collat. leg. mosaic.*, tit. XVI, ch. VI. — Add. Instit., liv. III, tit. II, § 3.

ad feminas vero, ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint, ulterius non capiant; masculi vero ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa fratris tui aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinet, tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia *commodius videbatur, ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent.* Sed quia sane iniquum erat, in universum eas, quasi extraneas, repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur; ex qua parte ita scilicet admittuntur, si *neque agnatus ullus, nec proximior cognatus interveniat.* Et hæc quidem lex duodecim Tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes agnatos, sive masculos sive feminas, cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum, invicem ad successionem vocabat; media autem jurisprudentia, quæ erat lege quidem duodecim Tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat, et penitus eas a successione agnatorum repellebat, omni alia successione incognita, donec prætores, paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deest adimplentes, humano proposito, alium ordinem suis edictis addiderunt, *et cognationis linea, proximitatis nomine,* introducta, per bonorum possessionem eas adjuvabant, et pollicebantur his bonorum possessionem, quæ *unde cognati* appellatur. Nos vero, legem duodecim Tabularum sequentes, et ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum causæ mederi invenimus : quare etenim, uno eodemque gradu naturali concurrente, et agnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nullis penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus? Ideo in plenum omnia reducentes et ad jus duodecim Tabularum eandem dispositionem exæquantes nostra constitutione sanximus, omnes legitimas personas, id est per virilem

Mais, pour les femmes, on décidait qu'elles ne prendraient l'hérédité que si elles étaient sœurs du défunt, et par droit de consanguinité, sans pouvoir succéder au delà, tandis que leurs agnats masculins héritaient d'elles jusqu'au degré le plus éloigné. Ainsi, la succession de la fille de votre frère ou de votre sœur, celle de votre tante paternelle, vous appartenait, tandis que la vôtre ne passait pas à ces personnes. Cela avait été établi parce qu'on trouvait avantageux de faire la loi de manière à concentrer les successions dans les mains des hommes. Mais, parce qu'il était injuste d'écarter entièrement les femmes comme des étrangères, le préteur les admettait à la *bonorum possessio* au rang des cognats. La loi des douze Tables n'avait pas établi cette distinction ; elle appelait simplement tous les agnats du sexe masculin ou féminin, quel que fût leur degré, à se succéder réciproquement comme les héritiers siens; c'est une jurisprudence intermédiaire plus moderne que la loi des douze Tables, plus ancienne que les constitutions impériales, qui avait établi cette différence, et écarté les femmes de la succession des agnats, sans leur donner d'autre moyen d'hériter, jusqu'à ce que les préteurs, adoucissant un peu la rigueur du droit civil, et y ajoutant ce qui manquait, eussent créé par leurs édits un nouvel ordre d'héritiers, celui des cognats, car alors ils protégèrent la femme, et lui donnèrent la possession des biens *unde cognati*. Pour nous, revenant à la loi des douze Tables, et suivant ses traces en cette matière, nous louons les préteurs de leur humanité, mais nous trouvons qu'ils n'avaient pas apporté au mal un remède suffisant : pourquoi, lorsque le degré était le même, d'après le droit naturel et les règles de l'agnation, pour les hommes comme pour les femmes, permettre aux mâles de succéder à tous leurs agnats, tandis que les femmes ne pouvaient pas prendre les successions de ceux qui étaient au delà du degré de frère consanguin? Aussi, revenant entièrement à la loi des douze Tables, nous avons décidé que tous les agnats, sans distinguer leur sexe, se succéderaient réciproquement *ab intestat*, selon les prérogatives attachées au degré, et sans écarter les femmes, parce qu'elles ne

sexum descendentes, sive masculini sive feminini generis sunt, simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum gradus sui prærogativam, nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicuti germanæ, non habent.

seraient pas sœurs germaines ou consanguines.

Quatre périodes pour les agnats.

Il résulte de ce paragraphe qu'il y a eu quatre périodes pour la succession des agnats : 1° la loi des douze Tables, appelant toujours le *proximus agnatus*, sans distinguer les sexes; 2° une jurisprudence intermédiaire, qui admettait les femmes à la succession de leurs frères consanguins seulement, tandis que tous les autres agnats continuaient à leur succéder; 3° le droit prétorien, qui donnait aux femmes agnates la possession de biens *unde cognati*; 4° enfin Justinien, dont la constitution remit tous les agnats sur le pied de la réciprocité la plus complete.

La restriction du droit des femmes venait de la loi Voconia.

Suivant les Institutes, l'origine de la jurisprudence contraire aux femmes se trouvait dans l'intention politique de réserver les successions aux membres mâles de la famille civile, qui pouvaient seuls la continuer. Paul confirme ce point de vue historique : « Idque jure « civili, *Voconiana ratione*, videtur effectum, cæterum lex duodecim « Tabularum nulla discretione sexus agnatos admittit (1). »

Gaïus semble cependant faire remonter jusqu'aux douze Tables elles-mêmes la restriction du droit des femmes (2). Vinnius, M. Schrader et M. Laferrière, pensent qu'il faut adopter l'avis de Gaïus, non que la loi des douze Tables eût formellement déclaré les agnats incapables, mais parce que la jurisprudence en avait tiré cette conséquence. Suivant Vinnius, la loi Voconia excluait entièrement les femmes de toutes les successions testamentaires ou *ab intestat*, quand le défunt avait plus de cent mille as; la limitation fondée sur le degré de parenté aurait donc constitué une contradiction que rien ne justifie. MM. Ducaurroy et Ortolan se rattachent au texte des Institutes, et nous partageons leur avis. Sans doute on peut soutenir que Gaïus, en disant : « Nihil juris *ex lege* habent, » a voulu signifier la loi des douze Tables, mais c'est seulement une induction. Paul, au contraire, est formel pour établir la distinction entre la loi des douze Tables et la jurisprudence postérieure; nous préférons son témoignage précis, confirmé par les Institutes et Théophile, à l'argument tiré des mots vagues *ex lege* dont se sert Gaïus. Ulpien ne s'explique pas sur ce point.

Les agnats partagent *per capita* et non *per stirpem*.

Quand plusieurs agnats étaient héritiers au même degré, ils partageaient *per capita*, par têtes; chacun prenait une part virile; on ne s'occupait pas de savoir s'ils appartenaient à la même souche (3).

(1) Paul. Sent, liv. IV, tit. VIII, § 22 = (2) G. C. III, § 18, 23. — Ulp. Reg., tit. XXVI, § 6. = (3) Ulp. Reg., tit. XXVI, § 4.

§ 16. Quod si defuncti nullus frater exstet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet; sed quæsitum est, si dispari forte numero sint nati, ut ex uno unus vel duo, ex altero tres vel quatuor, utrum in *stirpes* dividenda sit hereditas, sicut inter suos heredes juris est, an potius in capita. Jamdudum tamen placuit, *in capita dividendam* esse hereditatem; itaque quotquot erunt ab utraque parte personæ, in tot portiones hereditas dividetur, ita ut singuli singulas portiones ferant.

S'il n'y a pas de frères du défunt, mais bien des neveux, ils ont tous droit à l'hérédité; mais on s'est demandé, quand les souches sont inégales, par exemple lorsqu'un frère a laissé un ou deux enfants, et l'autre trois ou quatre, si l'hérédité devait être partagée par souches, comme pour les héritiers siens ou par têtes. On a décidé, il y a déjà longtemps, que le partage devait être fait par têtes; ainsi, quel que soit le nombre des enfants issus des divers frères, chacun prendra une part égale à celle des autres, et l'hérédité sera partagée selon le nombre des appelés. Gaius. C. III.

Du reste, comme tout était strict dans la législation sur les agnats, si le *proximus* refusait de venir à l'hérédité, il n'y avait pas *successio*, dévolution au degré suivant; les biens passaient alors, autrefois aux *gentiles*, plus tard aux cognats. Il n'y a pas dévolution dans les degrés d'agnation.

§ 7. Placebat autem, in eo genere percipiendarum hereditatum *successionem non esse*, id est ut, quamvis proximus, qui, secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut, antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittuntur. Quod iterum prætores, imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed *ex cognatorum ordine* eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos, nihil deesse perfectissimo juri cupientes, nostra constitutione sanximus, quam de jure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam, cum satis absurdum erat, quod cognatis a prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum, maxime, cum in onere quidem tutelarum et primo gradu deficiente, sequens succedit, et quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

On avait admis qu'il n'y aurait pas dévolution dans cet ordre de succession, c'est-à-dire, que si le plus proche agnat appelé à l'hérédité la refusait ou mourait avant d'avoir fait adition, les degrés suivants n'étaient pas appelés. La jurisprudence prétorienne, corrigeant encore cette imperfection, protégeait les agnats et les admettait dans l'ordre des cognats, puisqu'ils n'avaient plus les droits d'agnation. Mais nous, pour tout perfectionner dans les lois, nous avons déclaré par notre constitution sur le droit de patronage, qu'il fallait accorder aux agnats le bénéfice de la dévolution; il était, en effet, absurde de refuser aux agnats ce que les préteurs accordaient aux cognats, surtout quand on remarque que la charge de la tutelle passait au second degré si le premier faisait défaut: on faisait donc pour les charges ce qu'on refusait pour les avantages. Justinien l'établit.

Du temps de Gaïus, quelques auteurs pensaient que les préteurs avaient établi la dévolution entre les agnats à l'aide des *bonorum possessiones;* cette opinion n'avait pas prévalu. Du reste, si parmi les agnats du même degré quelques-uns faisaient défaut, on appliquait toutes les règles de l'accroissement (1).

§ 4. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte, vel alia causa impediti fue-

Si, parmi plusieurs héritiers légitimes, les uns refusent l'hérédité ou sont empêchés de l'accepter par la mort ou

(1) G. C. III, § 28. — F. 9, *de suis et legit.* D. 38, 16.

rint, quominus adeant : reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, et, licet ante decesserint, qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.

toute autre raison, leur part accroît à ceux qui ont fait adition, ou à leurs héritiers s'ils sont morts.

Modifications apportées au droit civil.

Dans le système du droit civil, l'ordre des agnats passait avant l'ordre des cognats, même quand le degré de parenté était plus éloigné, de sorte que les lois de la nature se trouvaient souvent violées; la législation tendit toujours, sous les empereurs, à modifier ce résultat, en faisant passer certains cognats dans l'ordre des agnats. Il faut remarquer ici que le droit prétorien s'abstient de venir au secours de l'ordre des agnats; il l'admet, il lui donne même une possession de biens *unde legitimi*, mais il ne suppose jamais cette qualité, si elle n'existe pas réellement ou si elle a été perdue.

Sénatus-consulte Tertullien.

Le premier exemple de préférence d'un cognat sur l'ordre des agnats se trouve dans le sénatus-consulte Tertullien.

Instit., l. III, tit. III.

Pr. Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, et præponebat masculorum progeniem, et eos, qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem *inter matrem et filium filiamve* ultro citroque hereditatis capiendæ jus daret, nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione *unde cognati* accommodata, vocabant.

La loi des douze Tables était tellement stricte, et avait une si grande préférence pour la parenté masculine vis-à-vis de la parenté par les femmes, qu'elle ne donnait pas même à la mère, au fils et à la fille, le droit de se succéder réciproquement ; mais les préteurs appelaient ces personnes suivant la proximité des degrés, et leur donnaient la *bonorum possessio unde cognati.*

Nous savons que la mère succédait à ses enfants comme leur sœur, quand elle était *in manu mariti* (1).

§ 1. Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

Ces règles étroites furent plus tard corrigées; et Claude, le premier, accorda à une mère la succession de ses enfants pour la consoler de leur perte.

Des auteurs pensent qu'il s'agissait d'enfant morts à la guerre; ils se fondent sur un passage d'Aulu-Gelle, dans lequel l'écrivain romain parle de descendants *violenter amissi.*

Vocation de la mère à la succession de ses enfants. *Le jus liberorum est exigé.*

§ 2. Postea autem senatusconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, *non etiam aviæ*, deferenda cautum est : ut mater ingenua *trium* liberorum jus habens, libertina *quatuor*, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat cujus juri subjecta est.

Mais ensuite vint le sénatus-consulte Tertullien, fait à l'époque d'Adrien, et qui eut pour objet de déférer à la mère (mais non à l'aïeule) cette triste succession. La mère ingénue qui a trois enfants, la mère affranchie qui en a quatre, succède *ab intestat* à ses fils ou à ses filles, encore qu'elle soit en puissance de son père; seulement, dans ce dernier cas, elle ne peut faire adition que par ordre de celui auquel elle est soumise.

(1) G. C. III, § 24.

La date du sénatus-consulte Tertullien a été contestée. Les uns veulent le placer sous le règne d'Antonin le Pieux, en 158 ap. J.-C.; d'autres suivent le texte, et pensent que cet acte législatif est antérieur à l'année 138 après J.-C.

Les aïeules ne furent appelées, avant les agnats, à la succession de leurs petits-enfants que par la novelle CXVIII.

Outre le *jus liberorum*, accordé quelquefois par les empereurs comme une faveur spéciale, on exigeait encore des mères une autre condition.

§ 6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere : scituris eis, quod, si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati *intra annum* petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

Il faut avoir fait nommer un tuteur.

Mais si nous cherchons à protéger les mères, elles doivent veiller de leur côté aux intérêts des enfants : qu'elles sachent donc que si elles n'ont pas demandé de tuteur pour leurs enfants, ou si elles ne l'ont pas fait remplacer dans l'année quand il est excusé ou destitué, elles ne pourront pas succéder *ab intestat* à ces impubères.

Le texte des Institutes donne aux mères un an pour faire nommer ou remplacer le tuteur des enfants impubères; mais au Digeste, ce délai est considéré comme un maximum qu'il n'est pas permis de dépasser. Le texte de l'édit portait le mot *confestim*, et Ulpien le commente en disant : « Ubi primum potuit. Ita tamen ut nullo « modo *annale* tempus excederet (1). » La présentation d'un tuteur incapable ou insolvable était considérée comme non avenue.

Si la mère négligente n'avait pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, elle était admise à la succession de ses enfants. C'est un nouvel exemple de la faveur extrême dont jouissaient les mineurs dans les lois romaines (2).

Le sénatus-consulte appelait la mère à la succession de tous ses enfants, sans distinction.

§ 7. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest ad bona ejus mater ex Tertulliano senatusconsulto admitti.

Bien que le fils ou la fille soient illégitimes, la mère est appelée à leur succéder par le sénatus-consulte Tertullien.

Mais il y avait des personnes qui étaient préférées à la mère, ou qui concouraient avec elle.

Personnes préférées à la mère ou concourant avec elle.

§ 8. Præferuntur autem matri *liberi* defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed et filiæ suæ mortuæ filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est aviæ suæ. *Pater* quoque utriusque, non etiam avus vel proavus,

Les enfants, le père, les frères, les sœurs du défunt.

On préfère à la mère les enfants du défunt qui occupent au premier degré ou au delà le rang des héritiers siens, ou qui sont considérés comme tels. Suivant les constitutions, les enfants de la fille morte sont également opposés à sa mère, c'est-à-dire à leur aïeule. Le

(1) F. 2, § 23, 36, 43, *ad sc. Tertullianum*. D. 38, 17. = (2) L. 2, Cod., *si advers. delictum*, 2, 33.

matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. *Frater* autem consanguineus tam filii quam filiæ excludebat matrem; *soror* autem consanguinea pariter cum matre admittebatur : sed si fuerat frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratri et sorori.

père, mais non l'aïeul et le bisaïeul, est préféré à la mère quand ils sont directement en concours pour venir à la succession. Le frère consanguin excluait la mère; la sœur consanguine venait partager avec elle. S'il y avait tout à la fois un frère, une sœur, et la mère avec le *jus liberorum*, le frère excluait la mère et partageait ensuite avec sa sœur.

Les constitutions dont parle ce paragraphe sont au Code Théodosien (V. l. III, C. Théod. *de legitimis heredib.*, 5, 1). Mais du reste déjà, d'après le sénatus-consulte Orphitien, les enfants succédaient à leur mère par préférence aux ascendants maternels.

Le père naturel, mais non le père adoptif, exclut la mère quand ils sont directement en concours pour prendre le patrimoine de l'enfant décédé. Cette hypothèse peut se présenter quand l'enfant est mort après son émancipation; comme il n'a plus d'agnats, sa succession est déférée aux cognats les plus proches, qui sont le père et la mère, alors on préfère le père. Que si le père lui-même a été donné en adoption, au moment de la mort du fils les agnats se trouveront être appelés par le droit civil, mais ils seront exclus par la mère (1).

L'aïeul n'est pas ordinairement préféré à la mère; cependant Paul cite un cas où le sénatus-consulte n'est pas applicable : « Cessat senatusconsultum. » Le jurisconsulte suppose un petit-fils émancipé par son grand-père, et il meurt laissant comme parents 1° l'émancipateur, 2° son père, qui est en puissance du grand-père, et 3° sa mère. L'ascendant devrait succéder comme patron, mais la mère l'écarte par le sénatus-consulte Tertullien. Puisque le grand-père est déclaré incapable d'hériter, il y a lieu à l'*edictum successorium*, à l'édit de dévolution, suivant le préteur; le père va donc se trouver directement en concours avec la mère, qu'il exclut : or, il acquiert précisément pour le grand-père écarté. Afin d'éviter toutes ces complications, Paul donne immédiatement la succession à l'aïeul émancipateur (2).

Quand les parents préférés à la mère renoncent ou se font restituer contre leur acceptation, on en revient au sénatus-consulte.

Les sœurs consanguines concourant avec la mère prennent seulement une moitié, qu'elles se partagent ensuite.

Si la mère est remariée, Théodose II et Valentinien III ne lui donnent que l'usufruit des biens venant du premier mari, afin qu'ils ne servent pas à enrichir le second conjoint ou ses enfants (3).

(1) F. 2, § 17, 19, *ad sc. Tertullian.* D. 38, 17. = (2) F. 5, § 2, *ad sc. Tertullian.* D. 38, 17. = (3) L. 8, Cod. Theod., *de legit. heredit.*, 5, 1. = L. 2, Cod. Theod., *de secund. nupt.*, 3, 8.

En 321 après J.-C., Constantin modifia en un point le système du sénat. La mère ayant le *jus liberorum* fut obligée de laisser un tiers de la succession aux agnats, oncles paternels du défunt, et à leurs enfants ou petits-enfants; mais, par contre, elle devait recevoir la même quotité, si elle n'avait pas le *jus liberorum*. C'était une sorte de transaction qu'on appliquait également, au cas où la mère se trouvait en présence d'un frère consanguin émancipé (1).

Modification de Constantin. Tiers réservé aux agnats ou à la mère.

Justinien vint encore changer cette législation; il commença par abolir la nécessité du *jus liberorum* : la mère succédera même à un fils unique.

Modifications de Justinien.

§ 4. Sed nos constitutione, quam in codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, et puerperium et periculum et sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum : si enim ingenua ter vel libertina quater non peperit, immerito defraudatur successione suorum liberorum : quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis, sive libertinis, *etsi non ter enixæ fuerint vel quater*, sed eum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

Par une constitution placée dans notre Code, nous avons cru devoir venir au secours de la mère, en considération des lois de la nature et des dangers souvent mortels que lui fait courir l'enfantement. Il nous a paru impie de faire tourner au détriment de la mère ce qui est le résultat d'un cas fortuit; c'est à tort qu'on écarte de la succession la mère ingénue qui n'a pas eu trois enfants, et l'affranchie qui n'en a pas eu quatre : peut-on lui imputer de n'avoir mis au monde qu'un petit nombre d'enfants? Nous avons donné tous les droits à la mère ingénue ou affranchie, quand même elle n'aurait pas eu trois ou quatre enfants, mais seulement celui qui vient de mourir; elles seront ainsi appelées à la totalité de la succession.

Suppression du *jus liberorum*.

A cette première faveur, l'empereur en ajouta deux autres : il enleva aux agnats le tiers que leur avait donné Constantin, et il déclara que les frères n'excluraient plus entièrement la mère.

§ 5. Sed cum antea constitutiones, jura legitima perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus *tertiam partem* ei abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant : nobis visum est, recta et simplici via matrem omnibus legitimis personis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes, ut, quemadmodum eam toto alio ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres et soro-

Les anciennes constitutions, tantôt favorisaient la mère, tantôt la grevaient en lui enlevant, dans des cas, un tiers, pour le donner à certains agnats, tandis qu'elles faisaient le contraire dans d'autres circonstances. Il nous a paru plus juste de préférer simplement la mère à tous les agnats, sans lui faire éprouver aucune diminution, si ce n'est quand il y a un frère ou une sœur consanguins, ou simplement cognats, car ils viennent partager la succession avec elle, de telle sorte que s'il y a seulement des sœurs, elles auront une moitié, et la mère prendra l'autre; s'il y a des frères seuls ou avec des sœurs, et que

Les agnats n'ont plus droit au tiers.

Les frères n'excluent plus la mère.

(1) L. 1-2, Cod. Theod., *de legit. heredit.*, 5, 1.

res, sive legitimi sint, sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus, ita tamen, ut, si quidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ, et mater defuncti vel defunctæ supersint, *dimidiam* quidem mater, alteram vero *dimidiam* partem omnes sorores habeant, si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hereditas.

la mère survive, toute la succession sera partagée par portions viriles.

Enfin, dans la novelle XXII, chap. XLVII, § 2, Justinien décida que la mère n'aurait jamais qu'une part virile, même quand elle serait en concours avec des sœurs.

2° *Innovation.* Émancipation Anastasienne.

L'empereur Anastase, ayant établi un nouveau mode d'émancipation, par rescrit du prince, laissa aux personnes ainsi émancipées le droit de succéder aux frères qui étaient restés dans la famille, mais avec une certaine diminution que Théophile dit avoir été d'un tiers. C'était, du reste, un privilége personnel, qui ne passait pas aux descendants de l'émancipé (1).

Législation de Justinien.

Égalité entre tous les frères.

A l'époque de Justinien, on fit disparaître toute différence entre les frères émancipés par rescrit du prince, ou par déclaration faite devant le magistrat; ils se succèdent mutuellement, sans qu'il y ait lieu à aucune retenue pour les frères restés dans la famille. Le privilége accordé aux frères consanguins fut également aboli, les frères utérins sont traités comme s'ils étaient agnats (2).

Il faut enfin mentionner une dernière addition à l'ordre des héritiers légitimes : Justinien y fit rentrer les enfants au premier degré des sœurs consanguines ou utérines.

Instit., l. III, tit. II.

§ 4. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur *unus* tantummodo *gradus a jure cognationis in legitimam successionem*, ut non solum fratris filius et filia, secundum quod jam definivimus, ad successionem patrui sui vocentur, sed etiam germanæ consanguineæ vel sororis uterinæ filius et filia soli, *et non deinceps* personæ una cum his ad jura avunculi sui perveniant, et mortuo eo, qui patruus quidem est fratris sui filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes, ex masculis descendentes, legitimo jure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus, et suc-

Nous avons cru devoir ajouter à notre constitution, pour faire passer un degré seulement de l'ordre des cognats dans celui des héritiers légitimes, de telle sorte que non-seulement le fils ou la fille du frère viendront à la succession de leur oncle paternel, mais il en sera de même pour les enfants de la sœur consanguine ou utérine qui succéderont à leur oncle paternel, tout comme s'ils étaient descendants par les mâles, et venant en qualité d'agnats; mais cela n'a lieu que pour le premier degré, et pourvu que le défunt ne laisse pas de frères ou sœurs. Ces personnes, en effet, passent avant les autres, et écartent les degrés plus éloignés en prenant la succession, puisqu'elle est parta-

(1) L. 4, Cod., *de legit. tutel*, 5, 30. — L. 11, Cod., *de legit. heredit.*, 6, 58. — (2) L. 15, § 1-2, Cod., *de legit. heredit.*, 6, 58.

cessionem admittentibus, cæteri gradus remanent semoti, videlicet hereditate non ad stirpes, sed in capita dividenda.

gée par têtes et non par souches (1).

Après les agnats venaient les *gentiles*.

TROISIÈME ORDRE D'HÉRITIERS AB INTESTAT. — LES GENTILES.

§ 17. Si nullus agnatus sit, eadem lex duodecim Tabularum gentiles ad hereditatem vocat; qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus; et quum illic admonuerimus totum jus gentilicium in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de eadem curiosius tractare.

S'il n'y a pas d'agnat, la loi des douze Tables appelle les gentils à la succession. Nous avons dit dans le premier commentaire ce qu'étaient les gentils; et, comme nous avons fait remarquer alors que tout le droit des *gentes* est tombé en désuétude, il est inutile de traiter ici ce point d'une manière plus détaillée (2). Gaius. C. III.

QUATRIÈME ORDRE D'HÉRITIERS AB INTESTAT. — LES COGNATS.

La série des héritiers établis par la loi civile est terminée. Comme nous l'avons déjà dit, l'ordre des cognats a été établi par le droit honoraire, à l'aide des possessions de biens.

Pr. Post suos heredes, eosque, quos inter suos heredes prætor et constitutiones vocant, et post legitimos (quo numero sunt agnati, et hi, quos in locum agnatorum tam supradicta senatusconsulta, quam nostra erexit constitutio), *proximos cognatos* prætor vocat.

Après les héritiers siens et les personnes que le préteur appelle au même rang; après les héritiers légitimes (parmi lesquels sont les agnats et ceux qui y ont été assimilés, soit par les sénatusconsultes, soit par notre constitution), le préteur appelle les cognats les plus proches en degré. Instit., l. III. tit. V.

On appelle les cognats les plus proches en degré.

Ici encore on examine le plus proche parent, au moment où il y a vocation de l'ordre des cognats, et avant de donner la *possessio unde cognati*, le préteur laisse écouler les délais accordés aux ordres précédents, à moins que leur inexistence ou leur refus ne soit démontré.

§ 1. Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim Tabularum inter legitimos non habentur, sed a prætore tertio ordine vocantur, exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis, *non etiam liberis eorum*, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat, quidem ad legitimam fratris hereditatem sive sororis, non æquis tamen partibus, sed *cum aliqua deminutione*, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere, aliis vero agnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit; et procul dubio cognatis.

Dans cette partie de l'édit, on examine la parenté naturelle; car les agnats qui ont éprouvé la *capitis deminutio*, et leurs descendants ne sont plus appelés comme héritiers légitimes par la loi des douze Tables, mais le préteur les fait venir en troisième ordre. Il y a exception cependant pour les frères et sœurs, mais non pour leurs enfants, quand il y a eu émancipation suivant la loi d'Anastase; car alors on admet l'émancipé à la succession du frère et de la sœur, mais avec une certaine diminution qu'il est facile de connaître par la lecture même de la constitution: du reste il le préfère aux agnats plus éloignés en degré, et surtout aux cognats.

(1) Add. l. 15, § 3, Cod, *de legit. heredit.*, 6, 58. = (2) V. t. I, p. 117.

§ 2. Hos etiam, qui per feminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine, prætor ad successionem vocat.

Le préteur appelle également à la succession en troisième ordre les parents collatéraux qui sont joints par une série de générations féminines.

§ 3. Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

Les enfants qui sont dans la famille adoptive viennent aussi dans cet ordre à la succession de leurs ascendants naturels.

§ 4. Vulgo quæsitos nullum habere agnatum, manifestum est, cum agnatio a patre, cognatio sit a matre : hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est agnationis : tantum igitur cognati sunt sibi, sicut et matris cognatis. Itaque omnibus istis ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

Les enfants nés d'un père inconnu n'ont pas d'agnats, cela est évident, puisque l'agnation s'établit par le père et la cognation par la mère ; or, les personnes dont nous parlons sont considérées comme n'ayant pas de père. Par la même raison, on ne peut pas les considérer comme consanguins, puisque la consanguinité est une partie de l'agnation : ils sont donc seulement cognats entre eux, et en même temps vis-à-vis des cognats de leur mère. Ils peuvent dès lors demander la possession de biens *unde cognati*, donnée dans cette partie de l'édit.

Les cognats succèdent jusqu'au sixième degré.

§ 5. Hoc loco et illud necessario admonendi sumus : agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi *decimo gradu sit*, sive de lege duodecim Tabularum quæramus, sive de edicto quo prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine his solis prætor promittit bonorum possessionem, qui usque *ad sextum gradum* cognationis sunt, et *ex septimo* a sobrino sobrinaque natu natæve.

Il faut remarquer ici que les agnats, même au dixième degré, peuvent venir à la succession, soit en vertu de la loi des douze Tables, soit à l'aide de la possession de biens promise par le préteur aux héritiers légitimes. Mais le préteur ne promet la possession de biens à raison de la proximité de parenté que jusqu'au sixième degré, et au septième pour ceux qui sont nés des cousins issus de germains.

Le préteur s'est arrêté au degré indiqué dans le paragraphe, par une raison facile à comprendre; il s'attachait surtout à l'affection qui doit unir les personnes pour les appeler à se succéder mutuellement; l'expérience avait démontré qu'au delà du sixième degré, les relations résultant de la parenté sont peu fréquentes : dans la plupart des cas, on ignore même l'existence de ce lien.

Dévolution.

Pour les cognats, le préteur avait admis le droit de dévolution. Si le *proximus cognatus* refusait l'hérédité, le degré suivant pouvait la demander.

CINQUIÈME ORDRE D'HÉRITIERS AB INTESTAT. — L'ÉPOUX SURVIVANT.

Bonorum possessio unde vir et uxor.

Le droit civil n'admettait les époux à se succéder *ab intestat* que si la femme était *in manu*, car alors on la supposait fille et *sua heres*. Le droit prétorien créa la *bonorum possessio unde vir et uxor*, pour faire arriver la succession de l'époux décédé au conjoint survivant, s'il n'y a pas d'autres héritiers du sang. Mais pour cela, il faut

qu'il y ait eu justes noces, et qu'elles existent encore au moment de la mort; les époux divorcés ne sont plus appelés à se succéder réciproquement (1).

Justinien accorda à la femme une faveur encore plus grande dans ses novelles LIII, chap. VI, et CXVII, chap. V : il lui permet, si elle n'a pas de quoi vivre, de prendre un quart des biens du mari décédé, pourvu qu'il y ait moins de trois enfants, et il lui donne une part virile s'il y en a davantage. Cette faveur est formellement refusée aux hommes... « Quartam ex substantia mulieris accipere omni« modo prohibemus. »

Successions irrégulières.

Quand les héritiers dont nous venons de donner l'énumération faisaient défaut, il y avait dévolution des biens du défunt, tantôt au trésor public, tantôt à certaines corporations dont il avait fait partie. Nous allons voir en peu de mots les règles applicables aux cas les plus habituels :

Décurions.

1° Les *décurions*. Constantin déclara, en 319 après J.-C., que les biens du décurion, mort sans parents au degré successible, seraient attribués au trésor de la curie. L'empereur donne pour raison, qu'il faut une consolation à la corporation dont les membres diminuent, tandis que ses charges restent les mêmes : « Habitura solatium « facultatum, cui desit in functionibus numerus personarum (2) ; »

Navicularii.

2° Les *navicularii*. Il y avait dans l'empire romain, en Orient et en Occident, des corporations de marins, destinés à transporter sur mer et sur les fleuves les objets appartenant à l'État, comme les approvisionnements venant de l'impôt en nature ou des achats du gouvernement, les matériaux destinés aux travaux publics, etc. (3).

Ce fut encore Constantin qui attribua à la corporation les biens du *navicularius* mort sans parents (4);

Légionnaires.

3° Les *légionnaires* et les *vexillaires*. On trouve déjà mentionné dans les Pandectes le droit accordé aux légions, de prendre les biens des légionnaires morts sans testament et sans parents. Cette disposition fut de nouveau confirmée sous les empereurs chrétiens, par exemple, en l'an 345 après J.-C., par l'empereur Constance (5);

Ecclésiastiques. Moines.

4° Les *ecclésiastiques* et les *moines*. Théodose le Jeune déclara que, si ces personnes n'avaient pas d'héritiers admis par la loi, leurs biens iraient, soit au monastère, soit à l'église à laquelle ils étaient attachés (6);

(1) F. 1, pr., § 1, *unde vir et uxor*. D. 38, 11. — Cf. Cod. Nap., art. 767. = (2) L. unic., Cod. Theod., *de bonis decurion.*, 5, 2. — L. 123, *de decurion.*, 12, 1. — Add. Cod. Just., l. 4, *de heredit. decurion.*, 6, 62. = (3) V. Cod. Theod., et le Commentaire de Godefroy, *de naviculariis*, 13, 5. = (4) L. 1, Cod., *de heredit. navicul.*, 6, 62. — V. la novelle de Valentinien, *de navicul. amnicis*. Haenel. col. 220. = (5) F. 6, § 7, *de injusto*. D. 28, 3. — F. 4, § 17, *de fideic. libert.* D. 40, 5. — L. unic., Cod. Theod., *de bonis milit.*, 5, 4. — L. 2-3, *de heredit. decurion.*, etc., 6, 62. = (6) L. unic., Cod. Theod., *de bonis cleric.*, 5, 3. — L. 20, Cod., *de episcop.*, 1, 3.

Fabricenses.

5° Les *fabricenses*. C'étaient des corporations d'armuriers travaillant pour l'État; afin qu'ils ne pussent pas changer de profession, on les marquait au bras. Ces corporations succédaient aux membres morts sans héritiers (1).

On mentionne encore, au Code de Justinien, deux cas dans lesquels les biens ne vont pas au fisc : 1° si les *præfectiani*, employés directs du préfet du prétoire, meurent sans héritiers, leur fortune entre dans la caisse du préfet : « Sed arcæ tui culminis rationibus « vindicentur (2); » 2° quand l'empereur avait donné une chose en commun à plusieurs personnes et que l'une d'elles mourait sans héritiers, sa part accroissait aux autres donataires (3).

Le fisc.

Enfin, à défaut de tous autres successeurs, venait le fisc; autrefois, c'était l'*ærarium*, trésor du peuple. A vrai dire, le fisc ne se porte pas héritier; seulement, il fait vendre les biens, paye les créanciers, si le patrimoine suffit, et il garde le reliquat. Si des tiers se mettaient en possession de biens dévolus au fisc par déshérence, ils étaient à l'abri de toute poursuite après un délai de quatre ans (4).

En résumé, nous trouvons dans la succession des ingénus, à l'époque de Justinien, quatre ordres d'héritiers qu'on peut désigner par le nom des *bonorum possessiones* qui leur étaient données : 1° *unde liberi*, les enfants; 2° *unde legitimi*, les agnats; 3° *unde cognati*, les cognats; 4° *unde vir et uxor*, les époux. A leur défaut, les biens passent, soit aux successeurs irréguliers, soit au fisc.

TITRE III.

Législation des empereurs chrétiens, avant Justinien, sur les enfants naturels et les concubines.

Dans l'ancien droit les enfants naturels ne sont pas incapables.

Nous savons que dans l'ancien droit les enfants nés hors du mariage avaient, vis-à-vis de la mère, les mêmes droits que les enfants légitimes. Vis-à-vis du père, s'ils étaient issus *ex concubinatu*, ils obtenaient du préteur la *possessio bonorum unde liberi;* et enfin, rien n'empêchait de les instituer héritiers testamentaires.

Législation des empereurs chrétiens.

Sous les empereurs chrétiens, à partir de Constantin, on leur enleva le droit de succéder à leurs parents; à peine pouvaient-ils recevoir des portions minimes, qui variaient suivant les empereurs. On suivit le même système pour les concubines.

Cette sévérité dans les lois s'explique par l'introduction du christianisme, et surtout par la possibilité de légitimer les enfants naturels par le mariage subséquent.

(1) L. 4, Cod., Théod., *de fabricens*, 10, 22. — Nov. VI de Theod., 2. — L. 5, Cod., *de heredit. decurion.*, 6, 62. = (2) L. 3, Cod., *de apparitorib.*, 12, 53. = (3) L. unic., Cod., *si liber.*, 10, 14. = (4) F. 1, § 1-2, *de jure fisci*. D. 49, 14. — L. 1, Cod., *de quadriennii præscript*., 7, 37.

En 331 après J.-C., Constantin défendit le mariage entre certaines classes de personnes, et déclara les enfants issus de ces unions incapables de recevoir de leurs parents aucune libéralité testamentaire; la famille avait deux mois pour reprendre les choses données, et si elle ne le faisait pas, le fisc agissait en révocation (1). Dispositions de Constantin.

Ce prince avait été encore plus loin; il avait exclu entièrement de la succession des père et mère tous les enfants illégitimes.

Les empereurs Valentinien, Valens et Gratien, déclarent (an 371 après J.-C.) que, voulant adoucir les lois de Constantin, ils permettent à l'homme qui a des enfants légitimes de laisser une once, un douzième de sa succession, à ses enfants naturels; s'il n'y a pas d'enfants légitimes, les libéralités peuvent s'élever jusqu'à trois onces. La concubine a la même capacité de recevoir; cependant, au Code de Justinien, on semble la réduire à une demi-once, quand le défunt a laissé des enfants légitimes ou sa mère (2). Loi de Valentinien, Valens et Gratien.

La condition des enfants naturels fut améliorée sous Théodose II et Valentinien III, car, en 442 après Jésus-Christ, ils permirent la légitimation par oblation à la curie, quand le père n'avait pas d'enfants légitimes (3). Puis successivement on put légitimer par rescrit du prince, et par adoption sous Anastase; mais Justin abolit ce dernier mode de légitimation. Théodose II et Valentinien III, Anastase, Justin.

Les enfants légitimés acquéraient, en matière de succession, tous les droits des descendants légitimes, mais vis-à-vis du père seulement (4).

TITRE IV.

Législation des novelles de Justinien pour la famille légitime et pour les enfants naturels.

A. *Pour la famille légitime.*

Les dernières dispositions de Justinien sur les successions *ab intestat* se trouvent dans les novelles CXVIII et CXXVII. Nov. CXVIII, CXXVII.

Le point fondamental qu'il faut d'abord signaler, c'est qu'on n'admet plus les anciennes distinctions entre les héritiers siens, légitimes ou cognats; l'empereur prend pour base unique la parenté par le sang. Il cherche, comme la loi française, à attribuer la succession *ab intestat* aux personnes pour lesquelles le défunt devait avoir la plus vive affection.

Voici les dispositions établies par la novelle CXVIII :

(1) L. 1, Cod., *de natural. liber.*, 5, 26. — L. 3, Cod. Theod., *de natural. liber*, 4, 6. = (2) Cf. liv. IV, 6, Cod. Theod., *de natural. liber.*, 4, 6. — L. 2, Cod. Just, *de natural. liber.*, 5, 27. = (3) L. 3, Cod., *de natural. liber.*, 5, 27. = (4) L. 6-7, Cod., *de natural. liber*, 5, 27. — Nov. LXXXIX, ch. IV.

1er Ordre. Le premier ordre d'héritiers se compose des enfants et descendants; ils viennent à la succession *per stirpem*, par souche, sans distinguer les fils des filles. — Chap. I.

2e Ordre. Dans le second ordre se trouvent les frères germains, *ex utroque parente*, mais non leurs enfants, en concours avec le père et la mère; ils excluent les autres ascendants. Quand il y a ainsi concours entre les frères et le père, ou la mère, on partage la succession par tête : « Uti et ascendentium et fratrum singuli æqualem ha« beant portionem. » — Chap. II.

3e Ordre. Les ascendants, quand ils sont seuls, forment le troisième ordre de successeurs; les biens sont partagés en deux moitiés, l'une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle : le plus proche ascendant dans chaque ligne exclut les autres.

4e Ordre. S'il n'y a ni descendants, ni ascendants, ni frères germains, les biens vont aux descendants de ces derniers, et aux frères utérins ou simplement consanguins, *ex uno parente*; alors on succède par souche.

5e Ordre. En dernier ordre viennent les cognats jusqu'au septième degré; le partage se fait entre eux *per capita*. — Chap. III, § 1.

Nous devons rappeler que Justinien conserve au conjoint survivant le droit de succéder à l'époux prédécédé, s'il n'a pas laissé de parents.

Dans le chap. IV de la novelle CXVIII, le droit d'agnation est supprimé; dans le chap. VI, on déclare les hérétiques incapables de succéder.

La novelle CXVIII a été promulguée en l'an 544 après J.-C.

Nov. CXXVII. Justinien avait préféré, comme nous l'avons vu, les ascendans du défunt aux descendants de ses frères et sœurs; c'était là une décision contraire aux règles de la nature (1), aussi revint-il sur ce point dans la novelle CXXVII (an 549 après J.-C.).

Dans le premier chapitre, il déclare que les enfants des frères germains, *ex utroque parente*, viendront concourir, soit avec les ascendants, soit avec les frères.

Part virile attribuée au conjoint non remarié. Dans le chapitre troisième, l'empereur donne une part virile, en concours avec les enfants, à l'époux survivant qui ne convole pas en secondes noces.

B. *Décision de Justinien pour les enfants naturels.*

Déjà, dans la loi 8, au Code, *de naturalibus liberis*, 5, 27, Justinien avait permis de donner six onces aux enfants naturels ou à leur mère, quand il n'y avait pas de descendants légitimes; dans la

(1) F. 7, § 1, *si tabulæ testam.* D. 38, 6.

novelle LXXXIX, chap. XII, il s'occupe encore de ces successions. S'il n'y a ni descendants ni ascendants légitimes, on peut donner aux enfants naturels toute l'hérédité; il en est de même pour la concubine. — § 3. Nov. LXXXIX, ch. XII.

S'il y a des enfants légitimes, on ne peut laisser aux enfants naturels et à la concubine qu'une once; la concubine seule ne peut recevoir qu'une demi-once. — § 2.

Les ascendants légitimes doivent avoir un quart de la succession, le reste peut être laissé aux enfants naturels.

Si le père est mort intestat, voici les dispositions de la novelle.

Les enfants légitimes doivent des aliments aux enfants naturels simples, ils n'en doivent pas à ceux qui sont nés *ex damnato coïtu*, inceste ou adultère. — Novelle LXXXIX, chap. XII, § 5; chap. XV.

Si le défunt laisse des cognats et des enfants naturels, ceux-ci prennent deux onces, qu'ils partagent avec leur mère; le reste sera à la famille légitime.

APPENDICE AUX SUCCESSIONS AB INTESTAT.

Nous avons terminé l'explication des principes qui servent à l'attribution des successions *ab intestat*, mais nous devons mentionner ici un titre des Institutes que ses dispositions mettent en dehors de notre classification. Quand un homme meurt, que son testament est abandonné, *destitutum*, que personne ne veut de sa succession, un des esclaves affranchis dans le testament peut venir demander qu'on lui adjuge les biens pour faire valoir les legs de liberté. *De eo cui libertatis causa bona addicuntur.* Instit., l. III, tit. XI.

Pr. Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si hi, qui libertatem acceperunt a domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatium conservandarum causa, audiuntur.

Une constitution de Marc-Aurèle a établi un nouveau cas de succession; car on doit écouter les affranchis testamentaires qui demandent les biens du maître pour faire valoir les libertés, quand personne ne vient prendre l'hérédité. Cette institution vient de Marc-Aurèle.

Pour qu'il y ait lieu à appliquer la constitution de Marc-Aurèle, il faut que personne, pas même le fisc, ne veuille de la succession (1). Il n'y a là qu'une *addictio bonorum*; cependant, on regarde celui qui les reçoit comme un possesseur de biens.

§ 1. Et ita rescripto divi Marci ad Popilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent. « Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona esse cœperunt, ut veniri debeant :

C'est là ce qui est contenu dans le rescrit du divin Marc-Aurèle à Popilius Rufus. En voici les termes : « Si Virginius Valens, qui a donné des libertés par testament, n'a personne pour héritier *ab intestat*, de telle sorte que ses biens soient dans le cas d'être ven-

(1) F. 4, § 17, *de fideic. libert.* D. 40, 5.

is, cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatium, tam earum, quæ directo, quam earum, quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia, addicantur tibi, si idonee creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et hi quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset; hi autem, quos heres rogatus est manumittere, a te libertatem consequentur, ita ut, si non alia conditione velis bona tibi addici, quam ut etiam, qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant : nam huic etiam voluntati tuæ, si hi, de quorum statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodavimus. Et, ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit, et hi, qui rebus nostris attendunt, scient, commodo pecuniario præferendam libertatis causam, et ita bona cogenda, ut libertas his salva sit, qui eam adipisci potuerunt, si hereditas ex testamento adita esset. »

dus, le magistrat compétent, auquel tu manifesteras ton désir de les prendre pour faire valoir les libertés laissées directement ou par fidéicommis, te les adjugera pourvu que tu garantisses aux créanciers leur payement intégral. Ceux qui sont affranchis directement deviendront libres comme si l'hérédité avait été acceptée; ceux que l'héritier devait affranchir le seront par toi; et même, si tu en fais une condition de ton acceptation, les affranchis directement seront considérés comme tes affranchis; si les personnes dont l'état est en question y consentent, nous approuvons cette convention. Pour empêcher que notre rescrit ne reste sans effet par un autre moyen, si le fisc venait prendre le patrimoine, nous signifions aux officiers chargés de nos affaires, que nous mettons la liberté avant tous les profits pécuniaires, que dès lors les biens ne seront recueillis qu'en donnant la liberté à ceux qui l'auraient eue, si l'hérédité avait été acceptée en vertu du testament.

Outre le rescrit, on parle au Digeste d'un sénatus-consulte qui se serait occupé de la matière. Justinien mentionne également l'*oratio divi Marci* (1).

Les affranchis directement par le testament deviennent *liberti orcini*; mais celui qui demande les biens peut vouloir être leur patron direct, ce qui sera important pour les successions à recueillir plus tard; mais il lui est défendu d'exiger des *operæ* de la part des affranchis, car ce n'est pas lui, en réalité, qui leur donne la liberté (2).

L'esclave qui demande les biens doit garantir qu'il payera toutes les dettes, capital et intérêt; pour cela, les créanciers se réunissent, nomment un syndic, et c'est à lui qu'on présente le fidéjusseur ou qu'on donne des gages (3).

§ 2. Hoc rescripto subventum est et libertatibus, et defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur et veneant. Certe, si fuerint ex hac causa bona addicta, cessat bonorum venditio : extitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

Par ce rescrit on est venu au secours des affranchis et des défunts, pour empêcher que leurs biens ne soient vendus par les créanciers, car, s'il y a *addictio*, la vente est défendue; il y a en effet un représentant du défunt, et de plus il est solvable, puisqu'il donne caution pour le tout aux créanciers.

Retrait admis par Ulpien. Justinien rappelle comment Ulpien permettait de demander l'*addictio bonorum*, même quand la vente en masse avait été déjà faite;

(1) F. 30, § 10, *de fideic. heredit.* D. 40, 5. — L. 15, § 2, Cod., *de testam. manumiss.* 7, 2. = (2) F. 13, § 1, *de operis libert.* D. 38, 1. = (3) F. 4, § 8-9-10-11, *de fideic. libert.* D. 40, 5.

c'était une sorte de retrait opéré moyennant le remboursement des sommes payées par l'acheteur. Sévère ne partageait pas l'avis d'Ulpien, qui avait cependant prévalu. Seulement, Justinien limite à un an le droit de revenir sur la vente achevée (1).

Extensions données à l'addictio.

§ 3. Imprimis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datæ sunt. Quid ergo, si quis intestatus decedens, *codicillis* libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certe, si *testatus* decedat, et codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est.

Ce rescrit est surtout applicable quand il y a des libertés données par testament. Que faut-il décider si quelqu'un meurt intestat en laissant des libertés par codicilles, et que l'hérédité ne soit pas acceptée? il faudra, par faveur, appliquer la constitution. Si on meurt testat en affranchissant des esclaves par codicilles, personne ne doute que la liberté ne soit due.

§ 4. Tunc constitutioni locum esse verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat; ergo quamdiu incertum sit, utrum existat, an non, cessabit constitutio: si certum esse cœperit, neminem extare, tunc erit constitutioni locus.

Les termes de la constitution font voir qu'elle est applicable quand il n'y a pas d'héritier *ab intestat*; donc, tant qu'il y a incertitude sur ce point, la constitution doit cesser: il en sera autrement quand le défaut d'héritier sera devenu certain.

§ 5. Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuit se ab hereditate, an, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, et addictio bonorum fieri? Quid ergo, si post addictionem libertatium conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum, revocari libertates, quæ semel competierunt.

Si une personne, capable d'être restituée en entier, s'abstient, faut-il admettre l'*addictio* malgré la chance de restitution? et qu'arrive-t-il si elle a lieu après que les biens ont été attribués? En tout cas, il ne faudra pas admettre que les libertés, une fois acquises, soient révoquées.

§ 6. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est: ergo, si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo, si *vivus* dedit libertates, vel mortis causa, et, ne de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint addici sibi bona, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

Cette constitution a eu pour but de protéger les libertés; si donc il n'y en a pas, elle n'est plus applicable. Que décider s'il y a des affranchissements faits entre-vifs ou à cause de mort, et si on demande l'attribution des biens pour empêcher qu'on n'attaque les manumissions comme faites en fraude des créanciers? faut-il écouter cette prière? Il est plus favorable de le faire, bien qu'on soit en dehors des termes de la constitution.

Les donations de liberté à cause de mort n'auraient été valables qu'après le payement de toutes les dettes; quant aux manumissions entre vifs faites en fraude des créanciers, on disait du maître: *Nihil agit*, il était donc important pour les affranchis d'arrêter l'action des créanciers.

§ 7. Sed cum multas divisiones hujusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est a nobis plenissima constitutio, in quam multæ species

Comme il nous a paru qu'il manquait bien des choses à cette constitution, nous en avons fait une bien plus complète, et qui produit des effets plus

(1) L. 15, Cod., *de testam. manumiss.*, 7, 2.

collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsa lectione constitutionis potest quis cognoscere.

étendus dans ce genre de succession. On peut le vérifier par sa lecture même.

Modifications apportées par Justinien à l'*addictio bonorum*.

Le rescrit de Marc-Aurèle est singulièrement modifié dans le recueil des lois de Justinien. Le premier point à examiner, c'était de savoir qui pourrait demander l'*addictio bonorum*. Suivant la constitution originaire, ce droit n'appartenait qu'aux affranchis eux-mêmes, comme ayant un intérêt direct au maintien des volontés du défunt; mais la jurisprudence avait admis même les étrangers, et Justinien confirme cette extension (1).

Les obligations résultant de l'*addictio* devinrent également moins rigoureuses. Ainsi, le postulant peut transiger avec les créanciers et promettre de payer seulement une partie des dettes; bien plus, si le patrimoine est insuffisant pour faire face au passif en affranchissant tous les esclaves désignés, on peut, dans la demande d'*addictio*, déclarer que la liberté sera donnée à un certain nombre seulement : « Humanius est, dit Justinien, ut pauci saltem perveniant ad libertatem (2). »

Comment doit-on enfin attribuer les biens, si plusieurs personnes les demandent en même temps? Pendant un an, celui qui offre les meilleures conditions aux créanciers et aux esclaves affranchis est préféré; si les conditions sont égales, le premier demandeur passe avant les autres; si plusieurs ont introduit leur instance au même moment, ils viennent concurremment. Une fois l'année expirée, celui qui a les biens reste en possession définitive (3).

QUATRIÈME PARTIE.

SUCCESSION TESTAMENTAIRE ET AB INTESTAT : 1° AUX AFFRANCHIS; 2° AUX PERSONNES QUI ONT ÉTÉ IN MANCIPIO.

TITRE PREMIER.

Succession aux diverses classes d'affranchis.

La matière, assez compliquée, de la succession aux affranchis, a été réglementée par quatre législations successives : 1° la loi des douze Tables; 2° le droit prétorien; 3° les lois Papiennes; 4° les constitutions de Justinien.

Avant d'examiner les détails applicables aux trois classes d'affranchis, nous devons remarquer que, dans la législation antéjustinienne, la succession *ab intestat* ne pourra être attribuée qu'aux descendants

(1) L. 6, 15, Cod., *de testam. manumiss.*, 7, 2. — (2) L. 15, § 1, 3, Cod., *de testam. manumiss.*, 7, 2. — (3) L. 15, § 1-5-6, Cod., *de testam. manumiss.*, 7, 2.

de l'ancien esclave, au patron ou à sa famille, et enfin à son conjoint survivant. Quant aux autres cognats, ils ne sont pas reconnus même par le droit prétorien.

§ 10. Illud certum est, ad *serviles cognationes* illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere, nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube *plenum* et undique confusum *fuerat*), et hoc, humanitate suggerente, concessimus, ut, si quis in servili consortio constitutus, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex servilis conditionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, et ad libertatem his pervenientibus, et hi, qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerunt, vel, dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitutem eos habuerunt, et postea ad libertatem pervenerunt, *ut hi omnes ad successionem vel patris vel matris veniant*, patronatus jure in hac parte sopito : hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus, ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servitute nati, et postea manumissi sunt, sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eadem matre, vel ex eodem patre, sive ex aliis nuptiis ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt.

Il est certain que la partie de l'édit où la possession de biens est promise, à raison de la proximité de parenté, ne s'applique pas aux cognations serviles, car aucune loi ancienne ne l'admettait. Mais, dans la constitution que nous avons faite sur le droit de patronage (droit resté obscur et confus jusqu'à notre époque), nous avons accordé, par humanité, que si un affranchi a eu des enfants pendant son esclavage, soit d'une femme libre, soit d'une femme esclave, ou bien si, par contre, une affranchie a eu, à la même époque, des enfants d'un homme libre ou esclave, et qu'ensuite toutes ces personnes soient devenues libres, les enfants prendront la succession de leur père et de leur mère, le droit du patron disparaissant dans ce cas. Non-seulement nous appelons ces enfants à la succession de leurs parents, mais encore à la succession les uns des autres; c'est là une décision de notre loi, soit qu'il n'y ait que des enfants nés en esclavage et affranchis ensuite, soit qu'ils concourent avec des enfants issus, après la manumission, du même père et de la même mère, ou d'une union différente, comme cela a lieu pour les enfants nés des justes noces.

La *cognatio servilis* n'est pas reconnue. Instit., l. III, tit. VI.

Ainsi, Justinien modifie l'ancien droit, et reconnaît entre les esclaves et leurs enfants les mêmes liens qu'entre les ingénus; la nature l'emporte sur la législation antique, et nous verrons bientôt que la même faveur fut accordée aux frères et sœurs de l'ancien esclave.

CHAPITRE PREMIER.

SUCCESSION AUX AFFRANCHIS CITOYENS ROMAINS.

Sommaire. — 1. *Loi des douze Tables.* — 2. *Le droit prétorien,* bonorum possessio contra tabulas. — 3. *Lois Papiennes; distinction entre les affranchis et les affranchies; entre le patron et la patronne.* — 4. *Constitution de Valentinien.* — 5. *Lois de Justinien.*

PREMIÈRE PÉRIODE. — LOI DES DOUZE TABLES.

Pr. Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto *patro-*

Occupons-nous maintenant des biens de l'affranchi. Autrefois il pouvait im-

Instit., l. III, tit. VII.

Liberté de tester. Vocation de tous les héritiers siens.

num suum impune testamento *prætérire* : nam ita demum lex duodecim Tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si *intestatus* mortuus esset libertus, *nullo suo herede* relicto. Itaque intestato quoque mortuo liberto, si id suum heredem reliquisset, nihil in bonis ejus patrono jus erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela; si vero adoptivus filius esset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

ponément passer son patron sous silence en faisant son testament; en effet la loi des douze Tables n'appelait ce patron à la succession de l'affranchi que si celui-ci était mort intestat, sans laisser d'héritiers siens. En l'absence de testament, s'il y avait un héritier sien, le patron ne pouvait rien réclamer sur les biens. Cela n'était pas injuste si on laissait des enfants naturels; mais il était inique d'enlever tout droit au patron quand il y avait seulement un fils adoptif.

Position de l'affranchi.

Dans cette période, il n'y a aucune différence entre le patron et la patronne vis-à-vis des affranchis du sexe masculin; ou bien tout le patrimoine de l'ancien esclave leur appartient, ou bien il leur est entièrement enlevé, soit par l'héritier testamentaire, soit par les héritiers siens.

Position de l'affranchie.

Pour la femme affranchie, la position était plus favorable à l'époque où les testaments étaient faits *calatis comitiis*; car la femme ne pouvant alors ni tester, ni avoir des héritiers siens, le patron et la patronne étaient certains de lui succéder.

Quand la jurisprudence eut admis le testament par mancipation, il fallut distinguer. Le patron qui avait la tutelle perpétuelle pouvait toujours s'assurer le patrimoine, en refusant d'assister à la confection du testament; la patronne, au contraire, n'étant pas tutrice, était exposée à se voir préférer un héritier testamentaire.

2e PÉRIODE. — DROIT PRÉTORIEN.

Bonorum possessio contra tabulas jusqu'à concurrence de la moitié des biens.

§ 1. Qua de causa postea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono *partem dimidiam* bonorum suorum relinqueret; et si aut nihil aut minus partis dimidiæ reliquerat, dabatur patrono *contra tabulas* testamenti partis dimidiæ *bonorum possessio*. Si vero intestatus moriebatur, *suo herede* relicto filio *adoptivo*, dabatur æque patrono contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant ad excludendum patronum *naturales liberi*, non solum, quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati, et in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte *heredes scripti* erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto petierant : nam *exheredati* nullo modo repellebant patronum.

Le préteur corrigea plus tard par son édit cette iniquité législative. Si l'affranchi faisait un testament, il lui était ordonné de laisser à son patron au moins la moitié de ses biens, sinon on donnait la *bonorum possessio contra tabulas* jusqu'à concurrence de cette moitié. Si l'affranchi mourait intestat, laissant pour héritier sien un fils adoptif, le patron avait également contre lui la possession de biens jusqu'à concurrence de la moitié du patrimoine. La présence des enfants naturels écartait le patron, non-seulement quand ils étaient en puissance de l'affranchi au moment de la mort, mais même quand ils étaient émancipés ou donnés en adoption, pourvu qu'ils eussent été institués, ou que, dans le cas d'omission, ils vinssent demander la possession de biens *contra tabulas*; les enfants exhérédés n'écartaient aucunement le patron.

Ainsi le préteur ne vient pas au secours des patronnes, il s'occupe

seulement des patrons, qu'il protége, soit dans le cas du testament qui les dépouille, soit quand il y a pour héritier sien un enfant adoptif. A l'aide de la *bonorum possessio contra tabulas*, le patron est sûr d'avoir la moitié des biens de l'affranchi; quant à la femme affranchie, il pouvait continuer à l'empêcher de tester. Du reste, il suffisait que l'ancien maître eût reçu la moitié qui lui était réservée, à un titre quelconque, soit comme legs, donation à cause de mort ou même entre-vifs, le préteur refusait alors la *possessio contra tabulas* (1).

Actes faits en fraude du patron. *Actio Calvisiana* et *Faviana*. Les aliénations sont révoquées.

Le droit honoraire avait également prévu le cas où les affranchis feraient en sorte de se ruiner pour ne rien laisser à leurs patrons; l'édit portait : « Cognoscit prætor et operam dat ne ea res ei fraudi « sit. » Le patron avait alors deux actions : l'*actio Calvisiana*, qui lui était donnée quand il succédait *ab intestat*, et l'*actio Faviana* dans tous les autres cas. La révocation avait lieu même à l'égard des tiers de bonne foi, il suffisait qu'il y eût dol de l'affranchi (2).

Quelquefois le patron n'était pas admis à attaquer le testament de l'affranchi : 1° quand il avait reçu de l'argent pour faire la manumission (3); 2° pour les biens acquis dans les camps, le préteur ne donnait pas la *possessio contra tabulas* (4); 3° si l'empereur avait rendu l'ingénuité à l'ancien esclave, ou s'il lui avait accordé la libre faction de testament (5); 4° l'esclave qui devient libre pour avoir dénoncé le meurtre de son maître est censé ne pas avoir de patron, il peut donc tester comme bon lui semble (6).

Attribution de la succession *ab intestat*. Analogie avec la succession des agnats.

Si l'affranchi mourait intestat, sans laisser d'héritiers siens, la succession allait au patron et à sa famille, en suivant des règles tout à fait analogues à celles qui étaient appliquées dans le cas d'hérédité déférée aux agnats.

Ainsi, quand il y avait plusieurs patrons, ils partageaient les biens par tête, sans examiner l'étendue du droit de propriété qu'avait eu chacun d'eux sur l'esclave; il en est de même s'il y a des enfants issus de divers patrons; puis le *proximus patronus* étant assimilé au *proximus agnatus*, il en résultait que le patron vivant primait tous les enfants des patrons décédés. Enfin la *capitis deminutio* du patron ou de l'affranchi faisait cesser le droit de succession *ab intestat* (7).

Possession des biens attribuée aux patrons et à leurs familles.

Les patrons avaient comme les agnats la *bonorum possessio unde legitimi*.

A défaut du patron, sa famille civile venait prendre la succession,

(1) F. 3, § 16-17-18-19, *de bonis libert.* D, 38, 2. = (2) F. 1, pr., § 4, *si quid in fraudem.* D. 38, 5. — L. 2, Cod., *si in fraudem patroni*, 6, 5. = (3) F. 3, § 4, *de bonis libert.* D. 38, 2. = (4) F. 3, § 6, *de bonis libert.* D. 38, 2. — (5) F. 3, § 1-2, *de bonis libert.* D. 38, 2. = (6) F. 4, *de bonis libert.* D, 38, 2. = (7) G. C. III, § 51, § 59-60-61. Le préteur vient du reste au secours du patron qui a éprouvé *la minima capitis deminutio.* — V. F. 2, § 2, *de bonis libert.* D. 38, 2. — Cf., Unterholzner, dans la *Zeitschrift*, t. V, p. 60.

etiam longissimo gradu; le préteur donnait à ces agnats une *bonorum possessio* appelée dans les Institutes *tanquam ex familia* (1), et par des auteurs, *tum quem ex familia*. Le patron qui avait négligé de demander la *possessio unde legitimi* dans les délais utiles pouvait réclamer celle dont nous venons de donner le nom.

Qu'est-ce que la possession donnée *patrono, patronæ*, etc.

Aux Institutes, et dans les *Fragments* d'Ulpien, on trouve une troisième possession de biens indiquée par les expressions que voici : « *Sexto*. Patrono et patronæ, liberisque eorum et parentibus (2). »

Les auteurs sont loin d'être d'accord sur le sens qu'il faut donner à ces expressions. Cujas, en se fondant sur les Basiliques, établit qu'il s'agit d'une personne ayant reçu la liberté d'un maître qui était lui-même affranchi; alors, à défaut du *manumissor* et de sa famille, on appelait le patron du patron, ses enfants et ses ascendants (3). D'autres jurisconsultes objectent que le patron du patron pouvait très-bien être compris dans la *bonorum possessio tum quem ex familia*, puisqu'on regardait le lien existant entre le patron et son affranchi comme une sorte d'agnation. Ces auteurs acceptent une autre explication donnée par Théophile dans sa Paraphrase : le patron a négligé de demander la *bonorum possessio unde legitimi* ou *tum quem ex familia*, et les délais sont expirés; malgré cela, le préteur lui réserve, ainsi qu'à ses enfants et à ses ascendants, un troisième secours qu'il refuserait aux autres membres de la famille affranchissante. Enfin, on propose une troisième explication, qui ne nous paraît pas dénuée de vraisemblance : de même que le préteur donne la *bonorum possessio unde cognati* aux agnats qui ont éprouvé la *minima capitis deminutio*, de même il donnerait des possessions de biens d'une nature analogue aux patrons et à leurs parents qui auraient été *capite minuti*, ou qui même n'auraient jamais eu cette sorte d'agnation dont nous avons déjà constaté les effets, par exemple les enfants de la patronne; alors, au premier rang, viendraient le patron, la patronne, et leurs enfants et leurs ascendants, puis ensuite leurs cognats reconnus par la loi; ainsi s'expliquerait le texte suivant de Paul : « Patronæ quidem liberi, etiam vulgo quæsiti, accipient materni liberti bonorum possessionem; patroni autem non nisi jure quæsiti (4). » Il suffit qu'il y ait paternité constante, et on n'exige pas l'existence de la *potestas*. Ces enfants seraient donc repoussés s'ils demandaient la possession *unde legitimi* ou *tum quem ex familia* en qualité d'agnats. Mais ils

(1) Instit., liv. III, tit. IX, § 3. — Ulp. Reg., tit. XXVIII, § 7. Cette possession de biens ne semble pas s'appliquer à la famille de la patronne. = (2) Cf. Ulp. Reg., tit. XXVIII, § 7. — *Collat. leg. mosaic.*, tit. XVI, ch. 9. — Cf. Unterholzner, dans la *Zeitschrift*, de Savigny, t. V, p. 67 à 80. = (3) Cujas, *Observat.*, liv. XX, tit. XXXIV. = (4) F. 18, *de bonis libert.* D. 38, 2.

seraient admis à la possession de biens dont nous nous occupons.

Le préteur appliquait aussi aux affranchis la *bonorum possessio unde vir et uxor*, et enfin, une possession accordée aux cognats du manumisseur, qui peuvent prendre plus de mille as d'après la loi Furia. Nous savons par les *Fragmenta Vaticana* que c'étaient les cognats jusqu'au cinquième degré (1).

Ainsi, en résumé, nous trouvons dans la succession des affranchis les *bonorum possessiones secundum* et *contra tabulas*, puis *ab intestat*, les possessions de biens : 1° *unde liberi* ; 2° *unde legitimi;* 3° *tum quem ex familia*; 4° *patrono, patronæque, liberis et parentibus eorum*; 5° *unde vir et uxor*; 6° *unde cognati manumissoris*, jusqu'au cinquième degré. Résumé.

3e PÉRIODE. — LOIS PAPIENNES.

§ 2. Postea lege Papia adaucta sunt jura patronorum, qui *locupletiores* libertos habebant. Cautum est enim, ut ex bonis ejus, qui sestertiorum *centum millium* patrimonium reliquerat, et pauciores quam *tres* liberos habebat, sive is testamento facto, sive intestato mortuus erat, *virilis* pars patrono debebatur. Itaque cum unum filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia patrono debebatur, ac si is sine ullo filio filiave decessisset; cum duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono; si tres reliquerat, repellebatur patronus.

La loi Papia est venue augmenter les droits des patrons qui avaient des affranchis riches. Elle décida qu'ils auraient droit à une part virile dans la succession testamentaire ou *ab intestat* de celui qui mourait en laissant plus de cent mille sesterces et moins de trois enfants. Si donc l'affranchi laissait un seul enfant pour héritier, le patron avait droit à la moitié, comme s'il était mort sans descendants ; s'il y avait deux enfants, le patron avait un tiers ; s'il y en avait trois, il était exclu. Distinction des affranchis suivant leur fortune.

Ainsi la loi Papia laisse subsister les anciens principes quand l'affranchi a moins de cent mille sesterces (environ 21,000 fr.).

Du reste, à cette époque, il faut distinguer les règles applicables aux patrons de celles qu'on doit suivre pour les patronnes.

1° *Le patron*. Nous venons de voir dans le texte des Institutes que la loi Papia Poppæa lui donne, dans certains cas, une part virile, même malgré la présence de deux enfants. Si l'affranchi a moins de cent mille sesterces, un seul enfant suffira pour exclure le patron. Condition du patron vis-à-vis des affranchis.

Vis-à-vis des femmes affranchies, le patron qui conserve la tutelle peut s'assurer tout le patrimoine en refusant de concourir à la rédaction du testament; mais la loi Papia ayant libéré de la tutelle légitime l'affranchie qui a quatre enfants, il pourrait arriver que l'ancien maître fût complétement déshérité : pour éviter ce résultat, la loi lui assure toujours une part virile (2). Vis-à-vis des affranchies.

Les enfants du *manumissor* ont les mêmes droits, mais il faut que ses filles aient le *jus liberorum*; c'est-à-dire, suivant Unterholzner,

(1) Ulp. Reg., tit. XXVIII, § 7. — F. Vatic., § 299, 301. = (2) G. C. III, § 43-44.

trois enfants, comme la patronne elle-même. On pourrait, pour appuyer cette conjecture, lui appliquer la fin du paragraphe mutilé qui porte le n° 46 dans le troisième Commentaire de Gaïus. « Manumissi « bonorum possessionem petat, *trium* liberorum jure lege Papia « consequitur, aliter hoc jus non habet. » Mais on peut argumenter en sens contraire du § 53, et soutenir que pour la fille du patron le *jus liberorum* résultait d'un seul enfant; c'était une faveur accordée à sa jeunesse présumée.

Condition de la patronne ingénue ou affranchie.

2° *La patronne.* La loi Papia Poppæa améliora la condition de la patronne quand elle avait des enfants.

Gaius, C. III.

§ 50. Sed postea lex Papia *duobus* liberis honoratæ ingenuæ, libertinæ *tribus*, eadem fere jura dedit quæ ex edicto prætoris patroni habent; *trium* vero liberorum jure honoratæ ingenuæ patronæ ea jura dedit, quæ per eamdem legem patrono data sunt; libertinæ autem patronæ non idem juris præstitit.

Mais ensuite la loi Papia donna aux patronnes ingénues qui avaient deux enfants, et aux patronnes affranchies qui en avaient trois, à peu près les mêmes droits que l'édit accordait au patron; mais si la patronne ingénue a trois enfants, elle jouit des droits reconnus au patron par la loi Papia. La patronne affranchie n'a pas les mêmes avantages.

Succession à l'affranchi.

Quand la patronne ingénue a deux enfants, que la patronne affranchie en a trois, la loi Papia Poppæa leur permet de demander la possession *contra tabulas* jusqu'à concurrence de la moitié des biens, si le défunt n'a pas pour héritier un enfant issu de lui. Mais là s'arrête la faveur accordée à la patronne affranchie.

Au contraire, la patronne ingénue qui a trois enfants est entièrement assimilée au patron; elle aura donc droit à une part virile, si l'affranchi, riche de plus de cent mille sesterces, a moins de trois enfants. S'il s'agit de la succession d'une affranchie, la législation ne change pas. Quand il y a succession *ab intestat*, la patronne prend les biens, pourvu qu'elle n'ait pas éprouvé de *capitis deminutio;* s'il y a un testament, la patronne sans enfants sera exclue. Si elle est *liberis honorata*, elle aura la *bonorum possessio contra tabulas* (1). Les enfants des patronnes succèdent à leurs droits.

Succession à l'affranchie.

Gaius, C. III.

§ 53. Eadem lex patronæ filiæ liberis honoratæ patroni jura dedit; sed in hujus persona etiam *unius* filii filiæve jus sufficit.

La loi donne les mêmes droits à la fille de la patronne si elle a le *jus liberorum;* mais pour elle, il suffit qu'elle ait un seul fils ou une seule fille.

4° PÉRIODE. — NOVELLE DE VALENTINIEN III.

L'affranchi n'est plus tenu aussi rigoureusement vis-à-vis des enfants du patron.

En l'an 447 après J.-C., les empereurs Théodose II et Valentinien III publièrent une constitution qui modifia entièrement le système de succession vis-à-vis des enfants du patron; en ce qui

(1) G. C. III, § 51.

touche le manumisseur lui-même, il n'y a aucune dérogation aux anciennes règles, § 8 (1).

L'affranchi qui a un enfant peut l'instituer pour tous ses biens, § 2. S'il n'a pas d'enfants, il pourra tester comme bon lui semblera, pourvu qu'il attribue aux fils de son patron ou aux petits-enfants issus des fils *quatre onces*, c'est-à-dire un tiers de ses biens. Il n'est pas tenu de rien laisser aux filles et à leurs descendants, § 3, § 4.

La femme affranchie a les mêmes droits que l'affranchi du sexe masculin, § 5.

Quand les affranchis meurent intestat, tous leurs biens passent à leurs enfants; s'ils n'en ont pas, mais que leur père, leur mère, leurs frères et sœurs existent, on partagera la succession en deux moitiés, l'une pour les fils du patron, l'autre pour la famille du défunt, § 7.

Il est à croire que cette nouvelle législation ne fut pas étrangère aux modifications que Justinien apporta, dans les Institutes, à l'ancien ordre de choses sur la *cognatio servilis*.

5e PÉRIODE. — LOIS DE JUSTINIEN.

§ 3. Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione græca lingua, compendioso tractatu habito, composuimus, ita hujusmodi causas definivit, ut, si quidem libertus vel liberta *minores centenariis* sint; id est *minus centum aureis* habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur), nullum locum habeat patronus in eorum successionem, *si tamen testamentum fecerint*. Sin autem *intestati* decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim Tabularum, integrum reservavit. Cum vero *majores centenariis* sint, si heredes, vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum, sive plures, cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successionem parentum deduximus, omnibus patronis una cum sua progenie semotis. Sin autem *sine liberis* decesserint, si quidem *intestati*, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus; si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem vel patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierit, ita ut non possint argui inofficiosa eorum

Dans notre constitution, que nous avons écrite en grec pour qu'elle soit comprise par tout le monde, nous avons organisé les choses ainsi qu'il suit : quand l'affranchi ou l'affranchie a moins de cent pièces d'or (nous interprétons la loi Papia en comptant un *aureus* pour mille sesterces) et qu'il existe un testament, le patron est entièrement écarté de la succession. Si ces personnes meurent intestat, sans laisser d'enfants, on appliquera le droit de patronage tel qu'il était suivant les douze Tables. Quand les affranchis ont plus de cent *aurei*, et qu'ils laissent un ou plusieurs enfants, peu importe le sexe et le degré, qui sont héritiers ou *bonorum possessores*, le patron et toute sa famille sont exclus. S'il n'y a pas d'enfants, qu'il y ait succession *ab intestat*, on appelle le patron et la patronne à tous les biens. Si, dans le testament, on passe sous silence le patron ou la patronne, et qu'il n'y ait pas d'enfants, ou bien que ceux qui existent soient exhérédés ou omis, de manière à ne pas pouvoir intenter la plainte d'inofficiosité, alors notre constitution accorde aux patrons, par la *bon rum possessio contra tabulas*, non pas la moitié comme autrefois, mais bien

Un seul enfant exclut le patron.

(1) V. Nov. XXIV, *de Valentinien*, 3, édit. Haënel, col. 207. Ritter lui donne le numéro 6.

Attribution du tiers au patron ou à sa famille.

testamenta : tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas *non dimidiam*, ut ante, sed *tertiam* partem bonorum liberti consequantur, vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerint, ita *sine onere*, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur; sed ad coheredes hoc onus redundaret; multis aliis casibus a nobis in præfata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi juris dispositionem perspeximus : ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non, qui ex transverso latere veniunt, usque ad *quintum gradum* ad successionem libertorum vocentur, sicut ex ea constitutione intellegendum est ; ut, si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarum pluriumve sint *liberi*, qui proximior est, ad liberti seu libertæ vocetur successionem, et in *capita*, *non in stirpes* dividatur successio, eodem modo et in his, qui ex transverso latere veniunt, servando. *Pene enim consonantia jura ingenuitatis et libertinitatis in successionibus fecimus.*

le tiers du patrimoine de l'affranchi ; si ce tiers n'a pas été laissé entier au patron, on devra le compléter. Cette quotité doit arriver sans charges, de telle sorte que les fidéicommis ou les legs laissés, même aux enfants de l'affranchi, devront être payés par les cohéritiers. Nous avons réuni dans la constitution susdite beaucoup d'autres cas qu'il était nécessaire de réglementer, pour appeler à la succession des affranchis les patrons, les patronnes, leurs enfants et leurs parents collatéraux jusqu'au cinquième degré ; c'est là ce qu'on peut examiner dans la constitution ; s'il y a deux ou plusieurs descendants du même patron ou de la même patronne, le plus proche en degré est appelé à la succession de l'affranchi, et on partage alors, non par souche, mais bien par tête, ce qui a lieu également pour les collatéraux. Car, dans les successions, nous avons presque assimilé les droits résultant de l'ingénuité et de l'affranchissement.

Dans ce long paragraphe, Justinien distingue trois cas : 1° l'affranchi à moins de cent *aurei* ; il peut en disposer comme bon lui semble, le patron n'est pas admis à se plaindre ; 2° l'affranchi à plus de cent *aurei*, il laisse un ou plusieurs enfants qu'il institue ; le patron est encore exclu ; 3° l'affranchi, riche de cent *aurei*, n'a pas d'enfants, ou bien s'il en a ils ont été justement exhérédés ; dans ce cas, il faut laisser au patron, ou à sa famille jusqu'au cinquième degré, un tiers du patrimoine, et cela *sine onere*, autrement le testament sera attaqué et réduit jusqu'à due concurrence par la *bonorum possessio contra tabulas*.

Dernier état de la législation suivant les Basiliques.

Mais la législation des Institutes fut encore modifiée ; il résulte des Basiliques (liv. XLVIII, t. ult.) que Justinien avait fini par fixer ainsi l'ordre des successions pour les biens des affranchis : 1° les descendants ; 2° les ascendants ; 3° les frères et sœurs ; 4° les patrons et leur famille ; 5° les collatéraux de l'affranchi jusqu'au cinquième degré (1). Enfin il faut ajouter à cette énumération la possession *unde vir et uxor*.

(1) Cf. Instit., liv. III, tit. 9, § 5.

CHAPITRE II.

SUCCESSION AUX LATINS JUNIENS.

Sommaire. — 1. *Le Latin Junien n'avait pas de succession, puisqu'il mourait esclave.* — 2. *Principes du sénatus-consulte Largien.* — 3. *Justinien abolit les distinctions entre les affranchis.*

§ 4. Sed hæc de his libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem romanam pervenerunt, cum nec sunt alii liberti, simul et dediticiis et Latinis sublatis, cum Latinorum legitimæ successiones nullæ penitus erant, qui *licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant*, et, quasi servorum, ita bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Junia manumissores detinebant. Postea vero senatusconsulto *Largiano* cautum fuerat, ut liberi manumissoris, non nominatim exheredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus supervenit etiam divi Trajani edictum, quod eundem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem venire ex beneficio principis festinavit, faciebat vivum quidem civem Romanum, Latinum autem morientem. Sed nostra constitutione, propter hujusmodi conditionum vices, et alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, et senatusconsultum Largianum, et edictum divi Trajani in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti civilate romana fruantur, et mirabili modo, quibusdam adjectionibus, ipsas vias, quæ in latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

Ce que nous avons dit s'applique aujourd'hui à tous les affranchis qui acquièrent la cité romaine, puisque la classe des déditices et celle des Latins sont supprimées; du reste, autrefois il n'y avait pas en réalité succession aux Latins Juniens, car s'ils vivaient libres, ils perdaient à leur dernier soupir la vie et la liberté; les patrons prenaient donc leurs biens, d'après la loi Junia, comme on prend le pécule d'un esclave. Mais ensuite, le sénatus-consulte Largien déclara que les enfants du patron, non exhérédés nominativement par lui, seraient préférés aux héritiers externes pour les biens du Latin Junien. A cela, il faut ajouter l'édit de Trajan, qui faisait mourir comme Latin Junien l'affranchi auquel l'empereur avait donné le titre de citoyen, malgré son maître ou à son insu. Mais pour éviter ces alternatives et ces difficultés, notre constitution a aboli pour toujours les Latins Juniens, et avec eux la loi Junia, le sénatus-consulte Largien et l'édit de Trajan. Tous les affranchis seront citoyens romains; et, à l'aide de quelques innovations, les moyens qui donnaient autrefois le titre de Latin Junien conduisent à la cité romaine.

Le sénatus-consulte Largien préfère les enfants non exhérédés du patron aux héritiers externes.

De ce que les Latins Juniens mouraient esclaves, on avait tiré certaines conséquences logiques. D'abord, leurs biens passaient aux héritiers testamentaires du patron, puisque c'était à eux qu'appartenait le patrimoine dans lequel retombait le Latin Junien (1). S'il y avait plusieurs patrons, ils partageaient les biens proportionnément à leur droit de propriété; la proximité du degré n'était pas prise en considération, l'ancien maître vivant n'excluait donc pas les enfants de celui qui était prédécédé. Enfin, Gaïus nous apprend que si l'un des patrons refusait la succession, sa part allait au fisc, il n'y avait pas ici droit d'accroissement, puisque les propriétés étaient distinctes (2).

Conséquences tirées de la mort du Latin Junien comme esclave.

(1) G. C. III, § 58. = (2) G. C. III, § 58-59-60-61-62.

Sénatus-consulte Largien.

Cette législation ne fut pas trouvée satisfaisante dans la pratique. Le sénatus-consulte Largien, voté sous le règne de Claude (an 759 de Rome, 42 après J.-C.), vint attribuer les biens du Latin Junien aux enfants même émancipés du patron, pourvu qu'ils n'eussent pas été exhérédés nominativement. Et comme c'était une loi tout à fait favorable à la famille, on l'avait interprétée en ce sens, qu'il fallait appliquer ici l'exhérédation nominative, même aux filles et aux autres descendants qu'on pouvait ordinairement exhéréder *inter cæteros* (1). Voici comment Gaïus expose les principes du sénatus-consulte :

Gaius. C. III.

§ 63. Postea Lupo et Largo consulibus, senatus censuit, ut bona Latinorum *primum* ad eos pertinerent, qui eos liberassent; *deinde* ad liberos eorum non nominatim exheredatos, uti quisque proximus esset; *tunc* antiquo jure ad heredes eorum qui liberassent, pertinerent.

Le sénat décida ensuite, sous le consulat de Lupus et Largus, que les biens des Latins appartiendraient d'abord à ceux qui les avaient affranchis, ensuite à leurs enfants non exhérédés nominativement, chacun suivant son degré de proximité; enfin, ils devaient appartenir, conformément à l'ancien droit, aux héritiers du patron.

§ 64. Quo senatusconsulto, quidam id actum esse putant, ut in bonis Latinorum eodem jure utamur, quo utimur in hereditate civium Romanorum libertinorum, idemque maxime Pegaso placuit : quæ sententia aperte falsa est; nam civis Romani liberti hereditas numquam ad extraneos patroni heredes pertinet; bona autem Latinorum, etiam ex hoc ipso senatusconsulto, non obstantibus liberis manumissoris, etiam ad extraneos heredes pertinent. Item in hereditate civis Romani liberti, liberis manumissoris nulla exheredatio nocet; in bonis Latinorum autem, nocere nominatim factam exheredationem ipso senatusconsulto significatur... hoc solum eo senatusconsulto actum esse, ut manumissoris liberi, qui nominatim exheredati non sint, præferantur extraneis heredibus.

Des auteurs pensent que ce sénatus-consulte a eu pour effet d'assimiler la succession du Latin Junien à celle de l'affranchi citoyen romain; telle est surtout l'opinion de Pégasus : mais c'est une erreur évidente. Jamais l'hérédité d'un affranchi citoyen romain ne va aux héritiers externes du patron; au contraire, d'après le sénatus-consulte lui-même, s'il n'y a pas d'enfants du patron pour faire obstacle, les biens du Latin Junien passent aux héritiers externes. De même l'exhérédation ne nuit en rien aux droits des enfants du patron, pour la succession de l'affranchi citoyen romain, tandis que, d'après le sénatus-consulte, l'exhérédation nominative nuit pour les biens du Latin Junien. Nous pensons donc que cette loi a été faite pour donner aux enfants du patron un droit de préférence sur l'héritier externe, toutes les fois qu'ils ne sont pas exhérédés nominativement.

De ce que le sénatus-consulte Largien supposait une exhérédation nominative, Gaïus conclut qu'il ne devait être appliqué qu'aux affranchis du père et non à ceux de la mère; car jamais, à cette époque, on n'aurait eu la pensée d'imposer aux femmes la nécessité d'exhéréder nominativement leurs enfants (2).

Quand les descendants étaient institués concurremment avec des héritiers externes, on n'était pas d'accord sur la marche à suivre

(1) G. C. III, § 66. = (2) G. C. III, § 71.

pour partager le patrimoine du Latin Junien. Sabinus voulait qu'on divisât tous les biens par portions viriles; Javolenus faisait une distinction. Étant donné, par exemple, trois héritiers ainsi institués : un fils, *primus*, pour trois onces, un autre fils, *secundus*, pour cinq onces, et un étranger pour le dernier tiers, quatre onces; Javolenus partageait la succession du Latin Junien en douze onces : *primus* en prenait trois, *secundus* cinq, puis les quatre dernières étaient divisées par *capita* entre les deux enfants; en définitive, *primus* avait cinq onces et *secundus* sept (1). Il est à présumer que cette dernière opinion avait prévalu dans la pratique, mais à l'époque de Justinien, l'abolition de la classe des Latins Juniens rend tout à fait inutiles les principes du sénatus-consulte Largien (2).

CHAPITRE III.

SUCCESSION AUX AFFRANCHIS DÉDITICES.

Gaïus dit, en s'occupant de la succession aux déditices : « Nec me « præterit, non satis in ea re legislatorem voluntatem suam verbis « expressisse. » Et je ne me dissimule pas que le législateur n'a pas formulé sa volonté, en cette matière, d'une manière suffisamment explicite. Cependant il pose un principe général. On examinera ce que serait devenu l'esclave, si, au moment de l'affranchissement, il n'était pas tombé dans la classe des déditices. S'il avait dû devenir citoyen romain, sa succession sera attribuée suivant les règles contenues dans le premier chapitre de ce titre; s'il avait dû être Latin Junien, on appliquera les principes exposés dans notre second chapitre, même en ce qui touche le sénatus-consulte Largien. Du reste, le déditice ne pouvait jamais faire de testament, puisqu'il n'appartenait à aucune cité déterminée (3).

CHAPITRE IV.

DE L'ASSIGNATION DES AFFRANCHIS.

Pr. In summa, quod ad bona libertorum, admonendi sumus, senatum censuisse, ut, quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sint, æqualiter bona libertorum pertineant, tamen licere parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est, et cæteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in bonis habeant. Sed ita demum

Le sénat a pensé, malgré l'attribution égale de tous les biens de l'affranchi aux enfants du patron qui sont au même degré, qu'il devait être permis au père d'assigner l'affranchi à l'un d'eux, de telle sorte qu'il fût considéré comme seul patron après la mort du manumisseur; alors, les autres enfants qui auraient également succédé s'il n'y avait pas eu d'assignation n'auront aucun droit sur ces biens. Mais si celui auquel on a fait l'assignation meurt sans lais- Instit., l. III, tit. VIII.

(1) G. C. III, § 70. = (2) Pour l'édit de Trajan modifié par Adrien, V. G. C. III, § 73. = (3) G. C. III, § 74-75-76.

pristinum juris recipiunt, si is, cui assignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

ser d'enfants, les autres descendants reprennent leurs droits.

Ce sénatus-consulte a été voté sous Claude, pendant le consulat de Suillus Rufus et Osterius Scapula; on le place de l'an 794 à l'an 804 de Rome, de 41 à 51 après J.-C.

§ 3. Nec interest, testamento quis assignet, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis hoc patronis permittitur facere, ex ipso senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est, Suillo Rufo et Osterio Scapula consulibus.

Peu importe que l'assignation soit faite par testament ou *ab intestat*; on peut employer toutes les paroles qu'on voudra, c'est ce qui résulte du sénatus-consulte fait au temps de Claude, sous le consulat de Suillus Rufus et Osterius Scapula.

L'assignation ne pouvait être faite que par le patron lui-même (1); il pouvait y ajouter des modalités. Pomponius n'admettait pas cependant qu'on pût la faire jusqu'à un certain terme (2). On la révoquait par une simple manifestation de volonté; c'était une question de fait (3).

§ 1. Nec tantum libertum, sed etiam libertam, et non tantum filio nepotive, sed etiam filiæ neptive assignare permittitur.

On peut assigner un affranchi ou une affranchie en faveur, non-seulement d'un fils ou d'un petit-fils, mais encore d'une fille ou d'une petite-fille.

§ 2. Datur autem hæc assignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos *in potestate* habebit, ut eis, quos in potestate habet, assignare ei libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum, cui assignaverit, postea emancipaverit, num evanescat assignatio? Sed placuit evanescere, quod et Juliano et aliis plerisque visum est.

Cette faculté d'assigner est accordée à celui qui a deux ou plusieurs enfants sous sa puissance; il peut ainsi leur désigner un affranchi ou une affranchie. D'où on s'est demandé si l'assignation était éteinte par l'émancipation de l'enfant, et on a décidé qu'elle s'éteignait : tel était l'avis de Julien et d'autres jurisconsultes.

Nous trouvons cependant, au Digeste, des textes qui admettent formellement la validité de l'*adsignatio* faite à un enfant émancipé. Suivant Unterholzner, le préteur donnait alors une *bonorum possessio decretalis*, assimilée, quant aux effets, à la *bonorum possessio unde legitimi* (4).

TITRE II.

Succession aux personnes qui ont été in mancipio.

D'après le droit civil, l'individu qui avait été *in mancipio* se trouvait *loco libertini*, de même qu'il était *loco servi* pendant le *mancipium*; sa succession était donc attribuée à son ancien maître, dans le cas de mort *ab intestat* et sans enfants. Mais nous ne pensons pas qu'on ait jamais appliqué aux personnes sorties du *manci-*

(1) F. 8, *de adsignand.* D. 38., 4. = (2) F. 10, 13, § 1, *de adsignand.* D. 38, 4. = (3) F. 1, § 3-4-5-6, *de adsignand.* D. 38, 4. = (4) F. 3, § 4-5-6. — F. 9, *de adsignand.* D. 38, 4.

pium les règles de la *bonorum possessio contra tabulas* en faveur du patron, ou les principes de la loi Papia Poppæa.

Le droit prétorien, loin de favoriser le prétendu patron, lui préféra, comme nous l'avons vu, dix personnes auxquelles il donna la *bonorum possessio unde decem personæ*. Ces dix personne sont : le père, la mère, l'aïeul et l'aïeule paternels ou maternels, le fils, la fille, le petit-fils et la petite-fille issus d'un descendant du sexe masculin ou féminin, peu importe; le frère et sœur utérins ou consanguins.

A l'époque de Justinien, le *mancipium* n'existe plus, et l'empereur abroge comme inutile la possession *unde decem personæ* (1).

LIVRE TROISIÈME.

THÉORIE DES OBLIGATIONS.

Sous cet intitulé, *théorie des obligations*, on comprend l'explication de tous les moyens qui servent à faire naître ou à éteindre entre-vifs la relation juridique à laquelle on donne le nom de droit personnel.

Nous diviserons cette matière en cinq parties :

PREMIÈRE PARTIE. — Notions générales. Sources des obligations.

DEUXIÈME PARTIE. — Modalités des obligations.

TROISIÈME PARTIE. — Extinction des obligations.

QUATRIÈME PARTIE. — Preuves de l'existence ou de l'extinction des obligations.

CINQUIÈME PARTIE. — Sanction des obligations (2).

L'étude de la théorie des obligations en droit romain présente une très-grande importance, comme introduction à l'étude du droit français. Nous avons bien eu l'occasion de signaler jusqu'ici des analogies avec notre législation moderne, mais en matière de droit personnel, ces rapports vont se multiplier, et cela est facile à comprendre : chez tous les peuples, il y a un certain nombre de relations conventionnelles qui sont toujours les mêmes, malgré les siècles écoulés entre deux époques; ce sont les actes du droit des gens : « Quæ apud omnes gentes peræque servantur. » Or, quand une législation arrive à trouver les vrais principes applicables à ces matières, les peuples qui viennent ensuite n'ont plus qu'à copier les dispositions antérieurement formulées, en les adaptant toutefois aux mœurs et aux besoins de leur époque. C'est ce qui est arrivé pour notre Code.

(1) Instit., liv. III, tit. IX, § 3-4. — (2) Cette division est celle que suivait notre maître, M. Oudot, dans son cours sur le Code Napoléon.

Depuis l'article 1100 jusqu'à l'article 1384, il est peu de règles qui ne viennent plus ou moins directement de la loi romaine. Cependant, il y a des différences qui tiennent au génie divers des deux peuples; ainsi, chez nous, la simple manifestation de volonté produit des effets que les Romains n'ont jamais admis, soit pour la translation du droit réel, soit pour la création et l'extinction du droit personnel; la condition résolutoire, la subrogation, la compensation, etc., sont organisées dans le Code Napoléon autrement que dans les Fragments du Digeste; mais les principes sur l'action Paulienne, sur la divisibilité et l'indivisibilité, sur le payement, la novation, la confusion, etc., etc., trouvent d'excellents commentaires dans les ouvrages des jurisconsultes de Rome. Aussi, nous ne saurions trop recommander aux jeunes gens d'apporter une attention toute particulière à cette partie de leurs études (1).

PREMIÈRE PARTIE.

NOTIONS GÉNÉRALES. — SOURCES DES OBLIGATIONS.

TITRE PREMIER.

Notions générales.

Nous avons défini le droit personnel : la puissance morale d'exiger d'une personne déterminée une action ou une abstention.

L'obligation corrélative au droit personnel, c'est le lien moral qui astreint quelqu'un à faire ou à s'abstenir.

Les Institutes contiennent une définition analogue :

Instit., l. III, tit. XIII. Pr. Obligatio est juris *vinculum*, quo necessitate adstringimur alicujus *solvendæ* rei, secundum nostræ civitatis jura.

L'obligation est un lien de droit qui nous impose la nécessité de nous libérer, conformément aux lois de notre cité.

La métaphore *vinculum juris* remonte à une haute antiquité chez es Romains; ils se servaient autrefois du mot *nexum*, de *nectere*, nouer, lier; et la loi des douze Tables disait en parlant d'une manière générale : « Qui *nexum* faciet, mancipiumve ita jus esto. »

Sous le point de vue de leur origine, les jurisconsultes de Rome divisaient les obligations en deux classes; elles viennent, disaient-ls, du droit civil et du droit prétorien.

§ 1. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur :

Toutes les obligations se divisent en deux grandes classes : elles sont civiles

(1) BIBLIOGRAPHIE. — MOLITOR, *les Obligations en droit romain* (A côté d'excellentes arties, cet ouvrage contient quelquefois des théories un peu hasardées). SAVIGNY, *Traité du droit romain*, t. II, III. — MUHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum*. — MAREZOLL, traduit par M. Pellat, numero 118 à 137. — Les *Commentaires* de MM. Ducaurroy et Ortolan.

namque aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certe jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor, ex sua jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

ou prétoriennes. Civiles, quand les lois les ont établies ou approuvées; prétoriennes, quand elles viennent de la juridiction du préteur; on les appelle également honoraires.

CHAPITRE PREMIER.

SOURCES DES OBLIGATIONS D'APRÈS LE DROIT CIVIL.

Sommaire. — 1. *Le droit civil, d'abord très-rigide, s'adoucit avec le temps.* — 2. *Énumération des sources de l'obligation.* — 3. *La loi.* — 4. *Le contrat.* — 5. *Éléments du contrat.* — 6. *Obligations* quasi ex contractu. — 7. *Le délit; ses caractères.* — 8. *Obligations* quasi ex delicto.

Pour bien comprendre les explications qui vont suivre, il faut se rappeler le caractère rigide de l'ancien droit civil. Nous l'avons vu procéder, en matière de droits réels, par formules rigoureusement déterminées. Sous peine de ne pas pouvoir se dire propriétaire *ex jure Quiritium*, il faut que l'acquéreur emploie souvent la mancipation et la *cessio in jure*; c'est la civilisation qui vint briser en quelque sorte la barrière élevée par le vieux génie du Latium pour faire reconnaître et protéger devant les tribunaux la propriété du droit des gens.

Ce spectacle se représente dans la théorie du droit personnel. D'abord on voit le *nexum* avec ses formes empruntées à la mancipation, puis une liste sacramentelle d'actes que la loi promet de protéger ou de punir, liste tellement restreinte dans le principe, que l'on comprend à peine comment elle pouvait suffire aux besoins les plus usuels de la pratique. Mais Rome cessa d'être une petite nation; l'Italie, les provinces, vinrent les unes après les autres se grouper sous sa domination; alors les relations se multiplièrent et prirent des formes variées qu'il fallut sanctionner ou rejeter. Ici, il y eut encore invasion du droit des gens; et plus la législation romaine se perfectionna, plus on tendit à substituer les principes de l'équité et de la raison aux formes, qui venaient peut-être des Étrusques ou des Samnites. Le droit des gens modifie le droit civil.

Il y eut surtout un événement qui contribua à la transformation du droit romain, et qui le mena à la haute perfection qu'il atteignit au second siècle de l'ère chrétienne, ce fut l'adoption par les jurisconsultes romains des principes de la philosophie stoïcienne : la notion du devoir, qu'ils prirent pour guide, les mena à des solutions qui sont encore appelées la raison écrite. Enfin les principes du christianisme vinrent faire disparaître les dernières traces de matérialisme que le stoïcisme avait laissées subsister; et, de même que nous avons vu la mancipation et la *cessio in jure* tomber en désuétude, Influence de la philosophie et du christianisme.

de même nous verrons les obligations *verbis et litteris* se transformer de telle sorte, que l'élément, nécessaire pour faire naître le lien sanctionné par la loi, se trouvera surtout dans le libre consentement des parties. On n'aura plus à redouter les conséquences de ce que Gaïus appelait lui-même les *juris iniquitates*.

Sources des obligations.

Quand on recherche les sources des obligations du droit civil, on voit que les anciens jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur la classification à adopter.

Suivant Gaïus : « Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex « maleficio, *aut, proprio quodam jure, ex variis causarum figuris.* » Les obligations naissent du contrat, du délit, ou, par application d'un droit particulier, de certains faits variés (1).

Voici donc trois sources d'obligations : 1° le contrat, convention dont nous allons bientôt examiner les caractères; 2° le délit, acte illicite, classé et puni par une loi spéciale; 3° quelque chose de vague et d'indéterminé, *variæ causarum figuræ*, des faits qui donnent naissance à des obligations civiles, parce que le législateur trouve utile ou équitable de les sanctionner.

Modestin donne une autre division : « Obligamur, aut *re*, aut *verbis*, « aut simul *utroque*, aut *consensu*, aut *lege*, aut *jure honorario*, « aut *necessitate*, aut *ex peccato*. » L'obligation vient, ou d'une tradition, ou de paroles solennelles prononcées, ou de la réunion de ces deux choses, ou du consentement, ou de la loi, ou du droit honoraire, ou de la nécessité, ou d'un acte illicite (2).

Les Institutes ont adopté une troisième classification, plus simple et plus complète tout à la fois au point de vue doctrinal.

§ 2. Sequens divisio in quatuor species deducitur : aut enim ex *contractu* sunt, aut *quasi ex contractu*, aut ex *maleficio*, aut *quasi ex maleficio*. Prius est, ut de his, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æque quatuor species sunt : aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu.

Dans la division suivante, les obligations sont de quatre espèces : elles viennent des contrats, comme des contrats; des délits, comme des délits. Il faut d'abord traiter des contrats; il y en a quatre classes, qui sont formées, par la tradition, ou par les paroles, ou par l'écriture, ou par le simple consentement.

Il y a cependant encore une lacune dans ce paragraphe. Pour tout embrasser, il faut énumérer cinq sources des obligations : 1° la loi ; 2° le contrat; 3° les actes assimilés aux contrats par leurs effets, *quasi ex contractu*; 4° le délit; 5° les actes assimilés aux délits, *quasi ex delicto*.

PREMIÈRE SOURCE DES OBLIGATIONS D'APRÈS LE DROIT CIVIL. — LA LOI.

1re Source des obligations. *La loi.* Caractères. Exemples.

1° La loi. L'obligation vient de la loi, quand on est contraint à faire une chose sans qu'il y ait eu fait médiat de l'homme et sans que la volonté intervienne : « Lex jubet, lex vetat. » Le lien juridique existe par cela seul que le législateur le veut.

(1) F. 1, pr., *de obligat. et act.* D. 44, 7. — (2) F. 52, *de obligat. et act.* D. 44, 7.

Nous avons déjà vu un certain nombre d'exemples d'obligations venant directement de la loi.

Dans la théorie de la famille, l'obligation alimentaire imposée à certains parents, la nécessité d'accepter une tutelle testamentaire, légitime ou dative, etc.

Dans les successions, nous avons trouvé des héritiers nécessaires soumis à toutes les charges de l'hérédité, *sive velint, sive nolint.* Enfin, dans les relations des particuliers avec l'État, on peut citer l'obligation du service militaire, l'impôt direct, etc., etc. Cette classe d'obligations ne peut pas donner lieu à des explications générales, c'est en étudiant chaque partie du droit qu'on voit comment la loi impose directement des actions ou des abstentions.

DEUXIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS D'APRÈS LE DROIT CIVIL. — LE CONTRAT.

2° Le contrat. En droit romain : « Le contrat est une convention reconnue par le droit civil, qui a un nom déterminé (*nomen*), une forme spéciale (*causam*), et à laquelle est attachée une action. » 2e Source des obligations. *Le contrat.* Définition.

Toutes les expressions contenues dans cette définition demandent une explication particulière.

Le contrat est une convention. On entend par convention la réunion de deux ou plusieurs volontés sur un même point; les Romains disaient : « Conventionis verbum generale est. Nam sicuti conve« nire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et « veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, « id est in unam sententiam decurrunt (1). » Le mot convention est général; car, de même qu'on applique le verbe *convenire* aux personnes qui, partant de divers endroits, se réunissent dans un même lieu, ainsi le fait-on pour celles qui, poussées par des motifs divers, réunissent cependant leurs volontés, c'est-à-dire arrivent à avoir une même pensée.

Il n'y a pas contrat sans cette réunion des deux volontés, c'est le premier élément qui caractérise cette source des obligations : « Nul« lum esse contractum, nullam obligationem quæ non habeat in se « conventionem, Pedius ait. » En droit français, la convention suffit pour faire naître le contrat, si telle est l'intention des parties; en droit romain, il faut encore d'autres conditions.

Le contrat doit avoir un nomen. Pour cela, il faut que la convention rentre dans une catégorie de faits dont la loi civile a dressé la liste. Toute autre réunion des volontés ne sera pas un contrat. C'est là ce que veut dire Ulpien dans les deux textes suivants : « Sed con« ventionum pleræque in *aliud nomen* transeunt, veluti in em« ptionem, locationem, etc. » Mais la plupart des conventions prennent un nom spécial, comme la vente, le louage (2). — « Juris Notion du *nomen*.

(1) F. 1, § 3, *de pactis.* D. 2, 14. = (2) F. 1, § 4, *de pactis.* D. 2, 14.

« gentium conventiones... quæ pariunt actiones, in suo nomine « non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut em- « ptio... » Les conventions du droit des gens qui font naître des actions ne gardent pas leur nom, mais elles prennent celui qui est propre à chaque contrat, comme la vente, etc. (1).

Notion de la *causa*.

Le contrat devait avoir une *causa*, cela signifie qu'il fallait, pour manifester le consentement, employer une forme extérieure déterminée. Ainsi, dans la stipulation, la *causa* consistait dans une interrogation suivie d'une réponse faite en se servant des mêmes termes. Si à l'interrogation : *Spondesne dare centum?* on avait répondu : *Promitto*, le contrat verbal n'était pas formé, la *causa* n'étant pas conforme aux règles du droit civil, qui voulait qu'on répondît ici : *Spondeo*.

Il y a quatre classes de *causarum*. 1° Contrats *re*.

Sous le point de vue de la *causa*, les contrats romains étaient divisés en quatre classes : 1° le contrat *re* : convention dans laquelle la *causa* se manifestait par la tradition de la chose. Il ne suffit pas de la réunion des deux consentements, il faut encore qu'il y ait eu remise d'un objet. Sous le point de vue du *nomen*, cette classe comprenait quatre contrats. Le *mutuum*, le *commodatum*, le *depositum* et le *pignus*. 2° Les contrats *verbis*. La *causa* se trouve ici dans une formule verbale dont la teneur est arrêtée par la loi. Le *nomen* comprend surtout les stipulations, puis la *dictio dotis* et la *promissio operarum* faite par l'affranchi. 3° Les contrats *litteris*. Dans ces contrats, la *causa* est l'inscription de la dette et de la créance sur les registres domestiques des parties. Le *nomen*, pour le droit civil, comprend ce qu'on appelle précisément les *nomina transcriptitia a re in personam*, ou bien *a persona in personam*. 4° Les contrats *consensu*. Ici, la simple convention suffit; c'est le droit des gens qui a probablement débarrassé des formes antiques les conventions les plus usuelles; mais les autres caractères du contrat restent, et le *nomen* ne s'applique qu'à une série de quatre conventions : *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*.

2° Contrats *verbis*. 3° Contrats *litteris*. 4° Contrats *consensu*.

Le contrat produit une action; son caractère.

Nous avons dit enfin que la convention appelée contrat produisait une action, c'est-à-dire qu'elle donnait au créancier un moyen juridique de contraindre le débiteur à exécuter son obligation. Ordinairement, chaque contrat a une action particulière, désignée par son nom même; ainsi, pour le commodat, on a l'*actio commodati directa vel contraria*; pour le dépôt, l'*actio depositi*; pour la *locatio conductio*, les actions *locati* et *conducti*, etc. Cependant, dans le cas du *mutuum*, de la stipulation et du contrat littéral, il y a une action générique, la *condictio certi* ou *incerti*, suivant la nature de l'objet de la créance.

(1) F. 7, pr., § 1, *de pactis*. D. 2, 14.

Éléments du contrat.

L'acte juridique appelé contrat doit encore attirer notre attention sous le point de vue de ses éléments et de ses divers caractères.

Dans tout contrat, on peut rencontrer trois sortes d'éléments : 1° les éléments essentiels, 2° les éléments naturels, 3° les éléments accidentels.

Éléments essentiels.

Les éléments essentiels. Ce sont les circonstances indispensables à l'existence du contrat; s'il en manque une, il y a absence de l'acte juridique, on dit alors que *le contrat est nul*. Les éléments essentiels sont au nombre de six en droit romain. Trois ont déjà attiré notre attention, ce sont : 1° le concours des deux volontés; 2° le *nomen*, et 3° la forme extérieure, *causa*. Le *quatrième* élément essentiel, c'est : un motif licite servant de base à la convention, on l'appelle ordinairement la cause impulsive; ce qui fait agir les parties. Si ce motif est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, le contrat ne prend pas naissance : ainsi, une personne promet mille sesterces à une autre si elle commet un crime; le motif qui pousse le débiteur à promettre, c'est l'espoir de voir l'autre partie devenir l'auteur d'un fait coupable; la loi ne peut pas reconnaître une convention de ce genre (1). Comme *cinquième* élément essentiel, il faut au contrat un objet certain, ou du moins qu'on puisse facilement déterminer quand il s'agit de transférer la propriété ou de remettre la possession. Lorsqu'il y a un fait à accomplir, il doit être possible et licite; prenons des exemples : si on promet d'une manière générale une plante, un quadrupède, etc., il n'y a pas contrat, car on ne peut pas savoir sur quel objet porte la convention des parties, *in idem placitum* (2). Il en sera de même quand on a promis un fait impossible à exécuter. Les jurisconsultes romains disaient : « Impossibilium nulla obligatio, » et ils assimilaient l'impossibilité légale à l'impossibilité physique; dès lors, quand on a promis *cœlum digito tangere*, ou *sacrilegium facere*, la convention était considérée comme n'existant pas, les parties étaient censées n'avoir pas eu la volonté sérieuse de faire naître un lien juridique (3). Le *sixième* élément essentiel à tout contrat, c'est la capacité des parties, ou du moins de celle qui s'oblige; il ne faut pas oublier en effet que si une personne capable traite avec une personne incapable, celle-ci peut ordinairement exiger l'exécution de la convention ou en faire prononcer la nullité (4).

Quand les éléments essentiels sont réunis, il y a un contrat *in genere*. Mais quel est-il? à quelle classe appartient-il? C'est ce qui

(1) F. 26, 27, 61, 123, *de verb. obligat.* D. 45, 1. = (2) F. 94, *de verb. obligat.* D. 45, 1. = (3) F. 26, 27, 35, pr., § 1, *de verb. obligat.* D. 45, 1. — F. 31, 135, 185, *de regulis juris.* D. 50, 17. = (4) F. 13, § 29, *de act. empti.* D. 19, 1. Dans ce cas, disent les commentateurs, *claudicat contractus.*

ne peut être connu que par l'examen de la seconde catégorie des éléments qu'il contient.

Éléments naturels du contrat.

Les *éléments naturels* du contrat résultent des circonstances qui lui donnent son individualité. La modification ou la suppression de ces éléments n'empêcherait point l'existence de la convention, mais ce ne serait plus la même. Ainsi, dans le droit romain, on entend par le mot vente un contrat dans lequel on transfère une chose à titre de propriétaire, moyennant un équivalent consistant en espèces monnayées. Cet équivalent, appelé *pretium*, est l'élément naturel de la vente; si on le remplace par un objet d'une autre nature, le contrat perd son *nomen*, prend un autre caractère, il devient un échange; si on supprime l'équivalent, la convention peut encore exister, mais non plus comme vente, ce sera une donation. Dans un autre contrat, le commodat, l'élément naturel, c'est la remise de la jouissance d'une chose à titre gratuit; si on demande en retour une somme d'argent, il y a louage; quand l'équivalent est d'une autre nature, on rentre dans la catégorie des conventions désignées, en droit romain, par les expressions *præsto ut des*, *ut facias*, etc... Ainsi, encore une fois, l'élément naturel du contrat se trouve dans la partie de la convention qui constitue son individualité.

Éléments accidentels. Ce sont les modalités.

Les *éléments accidentels*. Ce sont des conventions accessoires que la volonté de l'homme joint au contrat pour en modifier l'existence, la durée ou les effets; c'est pour cela qu'on les appelle modalités. Ainsi, Séius promet mille sesterces, voici le contrat dans son expression la plus simple; mais il peut dire qu'il payera seulement dans six mois, il y a là un élément nouveau, un terme, modalité qui porte sur l'exécution de la promesse, etc. La suppression des éléments accidentels n'empêche pas le contrat d'exister avec ses caractères propres.

En résumé :

Les éléments essentiels sont les circonstances dont la réunion donne la vie au contrat; en général, si l'une d'elles disparaît, il y a nullité, absence d'acte juridique.

Les éléments naturels sont les circonstances qui donnent au contrat son individualité, qui lui impriment un caractère servant à le distinguer des autres actes du même genre.

Les éléments accidentels sont les circonstances que l'homme introduit volontairement dans la convention, pour modifier son état primitif.

Effets du contrat. Il fait naître une obligation.

Le contrat, une fois formé, a pour effet immédiat de faire naître une ou plusieurs obligations, tantôt certaines, tantôt éventuelles, s'il y a eu condition jointe à la convention. Si le contrat produit une seule obligation, les auteurs modernes disent qu'il est *unilatéral*;

si tous les contractants sont engagés les uns vis-à-vis des autres, il y a contrat *synallagmatique*, dénomination qui vient du mot συνάλλαγμα, employé par les Grecs dans la même circonstance (1).

Contrat unilatéral; synallagmatique.

On peut donner comme exemple d'un contrat unilatéral le prêt d'une somme d'argent, *mutuum*; dans la vente, au contraire, il y a contrat synallagmatique, obligations du vendeur et de l'acheteur.

Il ne faut donc pas confondre le contrat avec l'obligation, ce serait prendre le fait producteur pour le résultat produit.

Une autre distinction théorique bien importante à comprendre, c'est la différence qui existe entre 1° la cause du contrat et la cause de l'obligation, 2° l'objet du contrat et l'objet de l'obligation.

Différence entre la cause du contrat et la cause de l'obligation; entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation.

La cause du contrat se trouve dans le motif impulsif *apparent* qui fait agir les parties. Ainsi, une personne entre chez un libraire, la cause du contrat qu'elle va faire, c'est le désir d'avoir un livre; pour le libraire, la cause de la vente sera le désir de changer sa marchandise contre une somme d'argent. Telle est la cause apparente, car il est impossible de savoir ce qu'en réalité l'acheteur veut faire du livre ou ce que le vendeur veut faire de l'argent.

Quant à l'objet du contrat, c'est la chose ou le fait qu'on a en vue. Dans notre exemple, l'acheteur veut avoir le livre, le vendeur veut avoir l'argent.

L'analyse de l'obligation produite par le contrat donne également les notions de cause et d'objet, mais portant sur des points différents.

Comment on trouve l'objet de l'obligation.

L'objet de l'obligation sera toujours indiqué par la réponse à cette question : *A quoi est-on obligé?* Or, en droit romain comme en droit français, on répondra par l'un des trois infinitifs que voici : *dare*, transférer la propriété; *præstare*, livrer une chose; *facere*, accomplir un acte. Il est bien entendu que ces verbes peuvent être pris dans un sens négatif : *non dare, non præstare, non facere.*

La cause de l'obligation se trouvera dans la réponse à la question : *Pourquoi est-on obligé?* Or, dans les contrats synallagmatiques, *la cause* de l'obligation de l'une des parties sera précisément l'accomplissement de l'acte qui fait l'*objet* de l'obligation de l'autre contractant. Il est évident que cette réciprocité ne peut pas exister dans les contrats unilatéraux; pour eux, la cause et l'objet de l'obligation seront donnés par la réponse aux questions : A quoi est-on obligé? pourquoi est-on obligé?

Comment on trouve la cause de l'obligation.

Alors, dans notre exemple du libraire et de l'acheteur, nous dirons : 1° A quoi est obligé le libraire? A transférer la propriété du livre; 2° à quoi est obligé l'acheteur? A payer le livre. Voici l'objet de l'obligation. Quant à sa cause, elle est tout aussi facile à trouver :

(1) F. 19, *de verb. signif.* D. 50, 16.

1° Pourquoi le libraire donne-t-il le livre? Parce qu'on le paye; 2° pourquoi l'acheteur paye-t-il? Parce qu'on lui fait la livraison.

Si nous reprenons maintenant tout le contrat, en mettant en présence les divers résultats obtenus, on verra comment ils diffèrent les uns des autres.

Cause du contrat. Pour l'acheteur, le désir d'avoir tel livre; pour le libraire, le désir de changer sa marchandise contre de l'argent.

Objet du contrat. Pour l'acheteur, le livre; pour le libraire, l'argent.

Objet de l'obligation. Pour l'acheteur, payer le livre; pour le libraire, faire la tradition du livre.

Cause de l'obligation. L'acheteur paye parce qu'on fait la tradition; le libraire livre parce qu'on le paye.

Définition des diverses espèces de contrats.

Pour terminer ce qui concerne les contrats, nous devons donner quelques définitions qui servent à classer les diverses espèces de conventions; il est vrai qu'on ne les retrouve pas textuellement dans les fragments du droit romain, mais leur notion y existe forcément, parce qu'elle tient à la nature des choses.

Déjà nous avons parlé des contrats synallagmatiques et unilatéraux, voici comment nous les définirons.

Le contrat synallagmatique est la convention reconnue par la loi, et qui fait naître des obligations réciproques, *ultro citroque*, pour les diverses parties.

Le contrat unilatéral est la convention reconnue par la loi, et qui fait naître des obligations pour une seule partie.

Ici, faut-il admettre une classe intermédiaire d'actes, désignés par les commentateurs modernes, sous le nom de contrats synallagmatiques imparfaits? Voici ce qui a donné lieu à la question : certaines conventions font naître d'abord des obligations pour une seule partie; mais ensuite des circonstances, étrangères au contrat en lui-même, amènent des obligations pour l'autre contractant. Ainsi, dans le dépôt, le dépositaire est d'abord seul obligé à garder la chose et à la rendre quand le déposant l'exige; mais si le dépositaire fait des dépenses pour conserver le dépôt, il a évidemment le droit d'en demander le remboursement; voilà une obligation pour le déposant, il y a donc en quelque sorte *συνάλλαγμα*. Au point de vue pratique, il n'y aurait aucun inconvénient à accepter le vocabulaire proposé; mais il faut bien en comprendre le sens au point de vue de l'analyse juridique.

Tout contrat en lui-même ne peut être que synallagmatique ou unilatéral; la convention produit une ou plusieurs obligations; sous ce point de vue, il est donc impossible d'admettre des contrats synallagmatiques imparfaits. Quand de nouvelles obligations pren-

nent naissance *ex post facto*, elles ne viennent pas du contrat, mais bien, comme dit Modestin, *ex re*, d'un fait accompli, *ex peccato*, d'un fait illicite, etc. Dans notre exemple, le déposant est obligé, non parce qu'il a fait la convention de dépôt, mais parce que le dépositaire a dépensé une somme d'argent pour conserver la chose, parce qu'il y a eu en quelque sorte gestion d'affaires postérieurement au contrat. Cependant les Romains regardaient cela comme une suite de l'acte, puisqu'ils donnaient au dépositaire l'*actio depositi contraria*.

Le contrat est *commutatif* quand le sacrifice fait par l'une des parties est compensé par un avantage qu'elle retire de la convention. Contrat commutatif.

Il est évident que tous les contrats synallagmatiques sont commutatifs; cela peut aussi se présenter pour les contrats unilatéraux. Le prêt à intérêt, par exemple, est commutatif, car chaque partie fait un sacrifice et retire un avantage. Le prêteur se prive de la jouissance de son argent, mais il reçoit l'intérêt; l'emprunteur paye l'intérêt, mais il a la somme prêtée, qu'il peut employer comme bon lui semble.

Le contrat est *aléatoire*, quand l'équivalent, reçu ou donné, consiste dans une chance éventuelle de gain ou de perte. Ainsi l'achat d'un coup de filet (1). Contrat aléatoire.

Au point de vue du motif déterminant, de la cause impulsive, les contrats peuvent encore être divisés en deux classes : 1° les contrats *à titre gratuit*, quand on a en vue de faire une libéralité à quelqu'un, de lui procurer un avantage, sans en retirer soi-même aucun équivalent; 2° les contrats *à titre onéreux*, quand on est déterminé par un motif autre que la libéralité; si, par exemple, on a déjà reçu, ou si on espère recevoir plus tard un équivalent. Cette distinction est importante dans la pratique, parce qu'il y a des personnes avec lesquelles on peut faire des contrats à titre onéreux et non des contrats à titre gratuit. Ainsi, dans l'ancien droit romain, le mari avec sa femme et réciproquement. Contrats à titre gratuit et onéreux.

Enfin, les Romains appliquaient aux contrats une dernière division, qui tient à la nature de l'action qui y était attachée. Ils disaient que les contrats étaient de *bonne foi* ou de *droit strict*. Nous verrons, dans le cours de nos explications, que cette distinction avait une grande importance pour l'interprétation des conventions et pour la fixation des dommages et intérêts. Dans les conventions de droit strict, on s'en tenait rigoureusement aux paroles employées par les parties; dans les autres, au contraire, on appliquait tous les principes de l'équité. Contrats de bonne foi et de droit strict.

(1) F. 8, § 1, *de contrahend. empt.* D. 18, 1.

TROISIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS D'APRÈS LE DROIT CIVIL. — QUASI EX CONTRACTU.

Les Romains n'ont pas défini les faits donnant naissance aux obligations *quasi ex contractu*, et il leur arrive quelquefois de les faire rentrer dans la même catégorie d'actes que les contrats (1); bien qu'il y ait entre eux une différence fondamentale, puisque la base de tout contrat, c'est la réunion de deux consentements, et que les actes produisant les obligations *quasi ex contractu* ne sont pas des conventions.

Caractère de ces obligations.

Voici toutefois l'idée qui paraît avoir dominé. Il y a des faits qui ne sont ni des contrats, ni des délits, et que la loi doit cependant sanctionner, par des raisons d'équité ou d'utilité : or, comme ces faits sont très-licites, ils peuvent être assimilés aux contrats, sous le point de vue des conséquences qu'ils produisent. La personne obligée est liée comme s'il y avait eu un contrat; le *vinculum juris* est de la même nature : 1° transmissible aux héritiers, ou passant contre eux, tandis que les obligations *ex delicto* meurent ordinairement avec l'auteur de l'acte; 2° donnant lieu au bénéfice de compétence, si le débiteur est en droit de l'invoquer, etc. Mais il ne faut chercher aucune analogie entre les contrats et les faits créateurs des obligations *quasi ex contractu*, leur résultat seulement est identique, car il y a dette et créance venant d'un fait licite. Il est également impossible de grouper en un seul faisceau les actes dont nous nous occupons; chacun d'eux a son origine, son caractère à part : ainsi, pour en donner la preuve, il y a obligation *quasi ex contractu* à la suite des trois actes que voici : 1° gestion du tuteur, quand il est débiteur d'un reliquat de compte; 2° acceptation d'une hérédité, car il y a obligation de payer les dettes et les legs qui grèvent la succession; 3° réception d'une somme indue, car il y a nécessité de la restituer. Rien n'est moins semblable que ces hypothèses; aussi, lorsque Gaïus s'en occupe au Digeste, il procède par périphrases : Puisqu'il n'y a pas délit, dit-il, en parlant du tuteur, il est tenu comme s'il y avait eu contrat... Pour la prestation de l'indu, l'*accipiens* est obligé *quasi ex mutui datione*; ailleurs enfin il regarde la dette comme imposée *utilitatis causa*; ce sont là, pour lui, des *causarum figuræ*, à la suite desquelles on est lié, quelquefois même sans le savoir (2).

Si on veut cependant réunir dans une seule définition les actes divers desquels résultent les obligations *quasi ex contractu*, on pourrait dire :

Tous les faits licites, volontaires, autres que la convention, qui

(1) F. 23, *de regulis juris*. D. 50, 17. = (2) F. 5. pr., § 1-2-3. — F. 46, *de obligat. et act.* D. 44, 7.

sont sanctionnés par la loi, font naître des obligations *quasi ex contractu.*

QUATRIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS D'APRÈS LE DROIT CIVIL. — LE DÉLIT.

Nous rencontrons ici un nouvel ordre d'idées; l'obligation va naître d'un fait illicite, portant atteinte aux biens, à la personne, ou à l'honneur, *existimatio*, des personnes qui nous entourent.

Chez presque tous les peuples, cette catégorie d'actes provoque l'intervention du législateur, sous un double point de vue : d'abord, pour infliger à l'auteur une peine consistant, soit à lui faire éprouver une souffrance corporelle, soit à le priver de sa liberté, de ses droits civils et politiques, soit enfin à lui enlever une partie de son patrimoine. C'est là ce qu'on appelle la sanction pénale, à côté de laquelle vient se placer en second lieu la sanction satisfactoire. L'objet de celle-ci est de contraindre le coupable à payer une indemnité à la personne qui souffre de l'acte illicite; c'est précisément à cette nécessité juridique qu'on a donné le nom d'obligation *quæ ex delicto*, ou *ex maleficio nascitur.* Deux actions naissent du délit.

Dans la législation romaine, les délits présentaient, au point de vue du droit civil, le même caractère de rigorisme exclusif que les contrats. Pour qu'un acte pût être appelé *delictum*, il fallait encore qu'il rentrât dans une liste dressée par la loi; il lui fallait un *nomen.* Cette liste contenait trois classes de faits embrassant les principaux actes illicites : Caractères du délit.

1° Le *furtum*, vol, c'est-à-dire l'appréhension volontaire et illicite d'une chose dont la loi garantissait à une autre personne la propriété, la possession ou la jouissance;

2° Le *damnum injuria datum*, le dommage matériel qu'on faisait éprouver à la propriété d'autrui, soit en détruisant, soit en détériorant une chose corporelle;

3° L'*injuria*, injure, outrage. Ce délit comprend les actes portant atteinte au droit qu'a tout individu, d'exiger des autres hommes le respect de sa personne et de sa réputation.

En dehors de cette énumération, il n'y a plus délit, suivant l'ancien droit civil romain; nous rentrons dans la catégorie des *causarum figuræ* de Gaïus (1).

Il faut donc définir le délit, un acte illicite spécialement prévu et nommé par le droit civil. Dans la législation française, le délit civil doit réunir trois conditions : 1° un fait illicite; 2° un dommage Définition du délit.

(1) Nous dirons bientôt comment la *rapina*, vol avec violence, venait du droit honoraire. — Quelques auteurs ont voulu comprendre d'autres cas dans la classe des délits, mais nous ne croyons pas cette opinion exacte. V. G. C. III, § 182. — F. 4, *de obligat. et act.* D. 44, 7.

causé à autrui; 3° la volonté de causer ce dommage. A Rome, ce dernier élément n'est pas toujours exigé; quelquefois, la simple négligence suffira, comme dans la loi Aquilia, pour que l'acte rentre dans la classe des délits.

CINQUIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS D'APRÈS LE DROIT CIVIL. — QUASI EX DELICTO.

Ces obligations reposent sur le même principe que l'obligation *quasi ex contractu*. Il y a des faits illicites qu'il faut punir, bien qu'ils ne rentrent pas précisément dans la liste des délits prévus par l'ancien droit quiritaire. Alors, dit Gaïus dans un de ces cas : « Non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex con- « tractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per « imprudentiam, ideo videtur *quasi* ex maleficio teneri (1). » Dans ce cas, l'obligation prend les mêmes caractères que l'obligation *ex delicto*; elle présente surtout ceci de remarquable, qu'elle ne passe pas ordinairement contre les héritiers de l'auteur du fait illicite. Cette dernière source d'obligations comprend tout à la fois des actes volontaires et involontaires. Ainsi, le juge qui fait le procès sien, en appliquant mal la formule, peut très-bien agir en connaissance de cause; le batelier qui répond du vol commis par ses matelots est lié, sans même connaître l'acte qui va l'exposer à des poursuites.

En résumé, il y a cinq sources des obligations dans le droit civil:

1° La loi. Quand le législateur ordonne ou défend, sans qu'il y ait acte médiat de la personne obligée;

3° Le contrat. Convention spécialement prévue et sanctionnée par le droit civil;

2° *Quasi ex contractu*. Faits licites, autres que la convention, et auxquels la loi attache une action, par raison d'équité et d'utilité;

4° Le délit. Quand on s'est rendu coupable d'un des trois faits : *furtum*, *damnum*, *injuria*;

5° *Quasi ex delicto*. S'il y a eu acte illicite punissable, mais en dehors de la liste des délits.

CHAPITRE II.

SOURCES DES OBLIGATIONS D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN.

Sommaire. — 1. *Mission du droit prétorien.* — 2. *Obligations venant de l'édit.* — 3. *Obligations venant des pactes.* — 4. *Obligations prétoriennes qui correspondent aux obligations* quasi ex contractu, ex delicto, *et* quasi ex delicto.

Nous avons dit, dans notre Introduction historique, comment les préteurs avaient été créés pour rendre la justice, c'est-à-dire pour appliquer les lois aux contestations qui s'élèvent tous les jours entre

(1) F. 5, § 4, 6. *de obligat. et act.* D. 44, 7.

les particuliers. Or, il n'y a pas de fonctions qui permettent mieux de reconnaître les vices d'une législation, car telle disposition qui satisfait l'esprit, en théorie, devient impossible quand les tribunaux ont à la prendre pour base de leurs décisions. Ceci se présenta souvent dans la pratique romaine. L'ancien droit civil, qui avait suffi pour réglementer les rapports des premiers habitants du Latium, devint insuffisant quand les relations se multiplièrent avec les habitants de l'Italie et des provinces. Ses formes antiques entravaient la liberté des conventions, et, comme il se prêtait peu aux modifications, comme son caractère rigoriste lui donnait une tendance forcée à l'immobilité, il fallut chercher un moyen de remédier à ces vices; *telle* fut la mission que s'imposèrent les préteurs.

Ce qui était bon, ils le conservèrent; ainsi, les formes qui donnaient de la publicité aux translations de la propriété et de la précision aux conventions; mais, par contre, ils mirent de côté tout ce qui était devenu suranné, et ils s'appliquèrent surtout à combler les nombreuses lacunes occasionnées par la rédaction en style lapidaire, soit de la loi des douze Tables, soit des autres monuments contemporains. Déjà nous avons cité cette définition de Papinien : « Jus « prætorium est quod prætores introduxerunt *adjuvandi*, vel *supplendi*, vel *corrigendi*, jus civile propter utilitatem publicam. »

Nous avons également dit comment l'équité fut leur point de départ constant; ce qui est encore formulé par Marcellus : « Etsi nihil « facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi æquitas evidens « poscit, subveniendum est (1). »

Dans les obligations, comme dans les successions, les préteurs firent respecter leurs innovations à l'aide du droit qu'ils avaient d'accorder ou de refuser les formules nécessaires pour aller plaider devant les *judices*.

Manière de procéder du droit prétorien.

Leur manière de procéder fut très-remarquable. Ils agirent d'abord, en quelque sorte, par ruse : loin de heurter de front le droit civil, ils le tournaient en procédant par fictions, en supposant que telle hypothèse nouvelle rentrait dans celles qui avaient été prévues par la loi. Ainsi, la loi des douze Tables ne donnait pas l'action de vol à l'étranger qui habitait Rome; cette restriction était évidemment inique à une époque où un tiers de la population se composait de pérégrins : le préteur créa une action fictice, *civitas romana ei fingebatur*. Dans une autre circonstance, le droit civil déclarait éteintes, par le résultat de la *capitis deminutio*, les dettes antérieures à l'adrogation; le préteur obvie à cette injustice en permettant d'agir par une action utile : « In qua fingitur capite deminutus, « deminutave, non esse (2). »

Actions fictices.

(1) F. 183, *de regulis juris*. D. 50, 17 = (2) G. C. IV, § 37-38.

Création d'actions prétoriennes.

Comme ces tentatives furent couronnées de succès; comme toutes ces innovations, remplies de sagesse et d'utilité, étaient volontiers acceptées par les plaideurs, le droit honoraire devint plus hardi, et il créa directement des actions, sans les rattacher aux anciennes institutions du droit civil. Du reste, il faut bien le remarquer, les lois, les sénatus-consultes, les constitutions s'engagèrent dans la même voie que le préteur, et il ne peut pas revendiquer seul l'honneur d'avoir fait progresser le droit romain; mais c'est lui qui a certainement donné le premier élan.

Sources des obligations prétoriennes.

Quand on arrive à l'époque de Cicéron, on voit le droit civil et le droit prétorien marcher parallèlement; si bien qu'en recherchant les sources des obligations prétoriennes, on peut encore en compter cinq, comme dans le chapitre précédent: 1° *ex lege prætoris*; 2° *ex contractu*, ou mieux, *ex pactis*; 3° *quasi ex contractu*; 4° *ex delicto*; 5° *quasi ex delicto*.

PREMIÈRE SOURCE DES OBLIGATIONS SUIVANT LE DROIT PRÉTORIEN. — L'ÉDIT.

L'édit du preteur et des édiles.

La loi du préteur, c'est l'édit qu'il publie tous les ans en entrant en fonctions. Là il énumère les faits dont l'accomplissement ou l'abstention donneront lieu à une action; il ordonne ou il défend comme le législateur pourrait le faire. C'est l'édit qui a probablement imposé aux mineurs de vingt-cinq ans l'obligation de demander un curateur pour recevoir leurs comptes de tutelle ou pour agir en justice; c'est lui qui a imposé la *cautio legatorum servandorum causa*, la *collatio bonorum*, la nécessité d'exhéréder les enfants émancipés, etc., etc. Voilà des obligations qui ont des allures identiques à celles de l'obligation légale.

DEUXIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS SUIVANT LE DROIT PRÉTORIEN. — LES PACTES.

Les pactes.

Quand une convention ne réunit pas les conditions exigées pour constituer un contrat, le droit civil n'y attache aucun effet; mais ce résultat était souvent contraire à l'équité, et les préteurs qui proclamaient hautement: « Grave est fidem fallere, » ne pouvaient pas manquer d'accorder leur appui aux simples conventions; aussi écrivirent-ils dans leur édit: « Pacta conventa quæ neque dolo malo, « neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta princi- « pum, facta erunt, servabo (1). » Je ferai valoir les conventions qui n'auront pas été le résultat du dol, et qui ne seront pas opposées aux lois, aux plébiscites, aux sénatus-consultes et aux constitutions des empereurs. Il résulte de ce texte que la simple convention est désignée par un mot générique, qu'il est fort important de ne pas

(1) F. 7, § 7, *de pactis*. D. 2, 14.

oublier, PACTUM. « A pactione..... et est pactio duorum pluriumve « in idem placitum consensus (1). »

Le droit prétorien n'employa pas toujours les mêmes moyens pour réaliser sa promesse; de là plusieurs classes de pactes.

Une première catégorie de conventions est connue sous le nom de PACTA NUDA, pactes nus. On les appelle ainsi parce qu'ils ne font pas naître d'action; c'était une règle générale : « Ne ex pacto actio nascatur (2). » Cependant le préteur protégeait ces pactes, et voici comment : *Pacta nuda.*

S'il y avait eu simple promesse de faire ou de donner, le créancier ne pouvait pas actionner le débiteur et le faire condamner en justice; mais, d'un autre côté, le débiteur qui avait accompli sa promesse ne pouvait pas revenir sur son exécution et demander la restitution des choses livrées, en se fondant sur ce qu'il n'était pas lié d'après le droit civil; le préteur *servabat pactum*, en refusant de donner la *condictio indebiti.* Leurs effets. Refus de la *condictio indebiti. Exceptio pacti conventi.*

S'il y avait eu engagement contracté suivant les formes du droit civil, et que le créançier eût renoncé à son droit par une simple convention, *pactum ne petatur*, le préteur protégeait le pacte en permettant au débiteur de repousser, par une exception *pacti conventi*, l'action qui serait ensuite dirigée contre lui. Exception pour le débiteur

Les simples pactes, *pacta nuda*, produiront donc un double effet : tantôt ils serviront de base à un payement valable; tantôt ils donneront naissance à une exception qui fera absoudre le débiteur poursuivi.

Nous rencontrons dans une seconde classe de conventions les pactes appelés PACTA ADJECTA. Ici l'appui du préteur était encore plus efficace. Quand on joignait immédiatement, *ex continenti*, des conventions accessoires à des contrats du droit civil, le droit honoraire les déclarait ordinairement obligatoires, et les faisait respecter par l'action même du contrat. Nous développerons cette théorie en traitant des modalités (3). *Pacta adjecta.*

On trouve enfin une troisième catégorie de pactes appelés PACTA PRÆTORIA, pactes prétoriens. Ce sont des conventions auxquelles le préteur a attaché une action pour contraindre le débiteur a exécuter sa promesse; telles sont la convention d'hypothèque et le constitut. Ces pactes produisent alors presque les mêmes effets que les contrats du droit civil. *Pacta prætoria*, faisant naître une action.

Aux pactes prétoriens on a assimilé certaines conventions reconnues par des lois successives, et qu'on a nommées PACTA LEGITIMA, pactes légitimes. Ainsi Justinien fait naître de la convention de donation un lien obligatoire; il y a pacte légitime, et par conséquent *Pacta legitima.*

(1) F. 1, § 1-2, *de pactis*. D. 2, 14. = (2) F. 7, § 5, *de pactis*. D. 2, 14. = (3) V. ci-après, 2e partie de la *Théorie des obligations*, tit. III.

action donnée au créancier. Théodose avait déjà admis ce principe pour la promesse de dot, etc. (1).

Pacta re perfecta. Contrats innommés.

La jurisprudence civile, *diputatio fori*, admit également que certains pactes, nus à leur naissance, deviendraient obligatoires par cela seul qu'il y aurait eu exécution de la part de l'un des contractants. Ainsi, dans l'exemple suivant : Séius convient de prêter son cheval à Sempronius, qui promet en échange de lui rendre un service déterminé. A ce moment, il y a seulement pacte nu, les parties n'ont pas d'action pour se contraindre réciproquement à exécuter. Mais si l'une d'elles accomplit sa promesse, la position changera, car l'équité veut qu'elle reçoive l'équivalent promis. On disait alors que s'il n'y avait pas *nomen*, l'exécution constituait du moins une *causa* suffisante pour faire naître l'action. Les Sabiniens proposaient de donner l'action du contrat le plus rapproché, mais Sabéon fit admettre une action générale appelée *in factum præscriptis verbis*, parce que la *demonstratio* de la formule, au lieu de contenir le nom de la convention, était rédigée en fait, c'est-à-dire qu'on y racontait ce qui avait eu lieu entre les parties.

Actio in factum præscriptis verbis.

Voici comment Ulpien expose ces principes : « Sed et si in « alium contractum res non transeat, *subsit tamen causa*, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem : ut puta *dedi* « tibi rem *ut* mihi aliam *dares, dedi ut* aliquid *facias*, hoc συνάλλαγμα, « id est *contractum* esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo « puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc : Dedi tibi « Stichum ut Pamphilum manumittas, manumisisti, evictus est « Stichus; Julianus scribit *in factum* actionem a prætore dandam; « ille ait, civilem incerti actionem, id est, *præscriptis verbis*, suf- « ficere... (2). » Si la convention ne devient pas un contrat, mais qu'il y ait eu exécution, Ariston répond avec raison à Celsus qu'il y a obligation. Par exemple, je vous ai donné une chose pour que vous m'en donniez une autre, je vous ai donné un objet pour que vous accomplissiez un fait, il y a συνάλλαγμα, c'est-à-dire contrat, et par conséquent il naît de là un action civile. Et je crois que Julien a été critiqué avec raison par Mauricianus dans l'espèce que voici : Je vous ai donné Stichus à condition que vous affranchirez Pamphile, vous faites la manumission et ensuite Stichus est évincé.

(1) Paul dit : « Legitima conventio est quæ lege aliqua confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio nascitur. » F. 6, *de pactis*. D. 2, 14.

Voici la liste des principaux cas dans lesquels il y a pacte légitime : 1° le *receptitium* ; 2° le *nauticum fœnus*. (F. 5, 7, *de nautico fœnore*, D. 22, 2); 3° l'intérêt promis dans un *mutuum* d'orge ou de froment (L. 12, Cod., *de usuris*, 4, 32); 4° l'intérêt de l'argent emprunté à certaines villes (F. 30, *de usuris*. D. 12, 1); 5° la promesse de dot sous Théodose (L. 6, Cod., *de promission. dotis*, 5, 11); 6° la promesse de donation sous Justinien (L. 35, Cod., *de donotionib.*, 834). — (2) F. 7, § 2, *de pactis*. D. 2, 14.

Julien dit que dans ce cas le préteur doit donner une action *in factum*; Mauricianus prétend qu'il suffit d'intenter l'action civile avec une *intentio incerta*, c'est-à-dire d'employer l'action *præscriptis verbis*.

Les commentateurs modernes appellent ces actes *contrats innommés*; cette expression n'indique pas le caractère de l'institution, nous pensons qu'il vaudrait mieux dire, *pacta re perfecta*, pactes qui deviennent obligatoires par l'accomplissement d'un fait.

TROISIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN. — QUASI EX CONTRACTU.

Il s'agit encore ici d'actes licites autres que des conventions, et faisant naître des obligations semblables à celles qui sont produites par les contrats. Le préteur en a sanctionné un certain nombre; nous citerons surtout les obligations qui grèvent les héritiers appelés par le droit prétorien aux *bonorum possessiones*.

QUATRIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN. — EX DELICTO.

Pour les délits, le préteur a suivi le droit civil, mais en le modifiant; ainsi il a changé les peines du vol manifeste, de l'injure, etc. De plus il a créé un délit tout spécial, la *rapina*, le vol commis avec violence, dont nous examinerons plus tard les conséquences. Du reste, le droit honoraire ne s'est pas écarté ici de la classification du droit civil, il a lui aussi procédé par énumération. Dans le droit pénal, il est bon d'avoir des règles strictes, qui rendent l'arbitraire difficile, sinon impossible.

Création de la *rapina*.

CINQUIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN. — QUASI EX DELICTO.

Le droit honoraire comprend enfin, sous le nom d'obligation *quasi ex delicto*, tous les faits illicites qui ne rentrent pas dans la catégorie des délits; c'est de l'édit que vient la classe la plus nombreuse des obligations *quasi ex delicto*; nous en verrons plusieurs exemples dans les paragraphes du IV[e] livre des Institutes.

Remarquons, en terminant ces notions générales, qu'à l'avenir nous ferons toujours marcher de front, en ce qui touche les obligations, les principes du droit civil et les innovations du droit prétorien.

CHAPITRE III.

NOTIONS SUR LA CAPACITÉ ET L'INCAPACITÉ EN MATIÈRE D'OBLIGATIONS (1).

Sommaire. — 1. *Incapacité résultant de l'âge.* — 2. *De la folie.* — 3. *De l'interdiction.* — 4. *De l'esclavage.*

Nous savons que la capacité étant toujours la règle, il y a lieu seulement à faire l'énumération des incapacités. De plus, nous ne devons

(1) Comparer le titre premier du livre deuxième, t. I, p. 217.

nous occuper ici que des incapacités générales, c'est à l'occasion de chaque matière que nous indiquerons les incapacités particulières.

On peut ramener toutes les incapacités générales, dans les obligations, à quatre classes : 1° l'âge; 2° l'interdiction pour prodigalité; 3° la folie; 4° l'esclavage.

A. *L'âge.*

Impuberté. Différence entre le fils de famille et le paterfamilias.

Pendant l'impuberté, le fils de famille ne peut pas s'engager et contracter, même avec le consentement du chef de famille; au contraire, l'impubère *paterfamilias* peut s'engager *cum auctoritate tutoris.*

Instit., l. III, tit. XIX.

§ 9. Pupillus omne negotium recte gerit : ita tamen, ut, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit adhibeatur tutor, veluti si ipse obligatur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.

§ 10. Sed quod diximus de pupillis, utique de his verum est, qui jam aliquem intellectum habent : nam infans, et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia hujus ætatis pupilli nullum intellectum habent; sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. *Sed qui in parentis potestate est impubes, nec auctore quidem patre obligatur.*

Le pupille peut faire valablement tous les actes, pourvu qu'il y ait intervention du tuteur quand cela est nécessaire; par exemple, quand il s'oblige; mais il peut obliger les autres vis-à-vis de lui sans l'assistance du tuteur.

Ce que nous avons dit des pupilles est vrai quand ils ont déjà une certaine intelligence; car l'*infans* et celui qui est *proximus infantiæ* ressemblent beaucoup au fou, les pupilles de cet âge n'ayant aucune intelligence; cependant, par une interprétation favorable, on a donné la même capacité au *proximus infantiæ* qu'à celui qui est *proximus pubertatis.* L'impubère qui est en puissance de son père ne peut pas s'engager, même avec son assistance.

Quand le fils de famille impubère avait une certaine somme d'intelligence, il pouvait acquérir des créances dans l'intérêt de son père.

Telle était la règle pour les contrats; on l'appliquait également dans les obligations *quasi ex contractu*, excepté lorsque le lien juridique naissait *ex re*, d'un fait : « Le pupille, dit Paul, est obligé même sans l'assistance de son tuteur, « ubi ex re actio venit; » ainsi j'ai un fonds commun avec un pupille, si je fais des dépenses pour le conserver ou l'améliorer, l'impubère sera tenu par l'action *communi dividundo* (1). »

Quant aux obligations *ex delicto* ou *quasi ex delicto*, on examinait si l'impubère était *doli capax*, s'il avait l'intelligence nécessaire pour connaître le caractère illicite de l'acte, car alors on le tenait pour *pubertatis proximus*. Pour les délits, il n'y a pas à distinguer entre le fils de famille et le *paterfamilias*; tous les deux sont tenus, sauf, comme nous le verrons, l'application de l'abandon noxal aux personnes *alieni juris* (2).

(1) F. 46, *de obligat. et act.* D. 44, 7. — (2) F. 5, § 2, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. — F. 13, § 1. — F. 14, *de dolo.* D. 4, 3. — F. 23, *de furtis.* D. 47, 2.

Pendant la puberté, depuis quatorze ans jusqu'à vingt-cinq, il y avait capacité entière; mais nous savons que les mineurs étaient restitués *in integrum* contre tous les actes qui pouvaient leur nuire; cela ne s'appliquait pas aux délits : « In criminibus quidem, ætatis suffragio minores non juvantur (1). Puberté.

Les fils de famille pubères et majeurs avaient la capacité de s'engager *ex contractu* ou *quasi ex contractu*; mais après leur émancipation, ils ne pouvaient être poursuivis que *quatenus facere possunt*; c'était une application du bénéfice de compétence, en vertu duquel le créancier devait toujours laisser des ressources à certains débiteurs, *ne egeant* (2). » Condition des fils de famille. Bénéfice de compétence après leur émancipation.

B. *La folie.*

Les Romains avaient deux expressions pour désigner l'homme fou, *furiosus* et *demens*. La fureur, c'était la folie avec des intervalles lucides; la démence, c'était surtout l'imbécillité, l'absence d'idées sans intervalles lucides: cependant on employait souvent ces deux mots l'un pour l'autre.

Tant qu'on était sous l'empire de la folie, on ne pouvait être obligé, ni *ex contractu*, ni *ex delicto*, ni enfin *quasi ex delicto*; mais dans les intervalles de raison, la capacité juridique renaissait (3). Capacité dans les intervalles lucides.

§ 8. Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit.	Le fou ne peut faire aucun acte, puisqu'il n'a pas l'intelligence de ses actions.

Quant aux obligations venant de la loi ou *quasi ex contractu*, les fous pouvaient quelquefois être tenus comme les pupilles; ainsi le fou héritier nécessaire doit payer les dettes *ultra vires*.

S'il y a simplement faiblesse d'esprit, quand on est *fatuus*, *stultus*, *insanus*, le magistrat nomme un curateur chargé d'administrer les biens (4). Faiblesse d'esprit.

C. *Interdiction pour cause de prodigalité.*

Nous avons vu, dans le tome I, page 193, comment la loi des douze Tables avait frappé d'interdiction les citoyens qui dissipaient les biens paternels reçus *ab intestat*, et comment le préteur avait étendu cette interdiction.

Les prodigues étaient mis sur la même ligne que les impubères qui pouvaient parler et comprendre la portée de leurs actions. Ils agissaient donc valablement toutes les fois que leur condition était améliorée, mais ils ne pouvaient pas s'engager par contrat (5). Condition des prodigues; ils peuvent faire leur condition meilleure.

(1) L. 1, Cod., *si adversus delictum*, 2, 35. = (2) F. 3, § 4, *de minoribus*. D. 4-4. — F. 10, § 2, *de fidejuss*. D. 46, 1. — F. 173, *de reg. juris*. D. 50, 17. = (3) L. 2, Cod., *de contrah. empt.*, 4, 38. = (4) F. 2, *de postul*. D. 3, 1. — F. 2, *de curator. furios*. D. 27, 10. = (5) F. 9, § 7, *de rebus credit*. D. 12, 1. — F. 6, *de verb. obligat*. D. 45, 1.

Le prodigue est tenu ex delicto. Mais comme l'interdiction pour prodigalité n'enlevait pas l'intelligence et la liberté morale, le prodigue était tenu de toutes ses obligations *ex delicto* et *quasi ex delicto*.

D. *Esclavage.*

L'esclave, n'ayant pas de personnalité juridique, ne peut faire naître d'obligations *ex contractu* ou *quasi ex contractu* qu'au profit de son maître; à tel point que l'esclave *dereliclus* ne peut pas stipuler, parce que son maître ne veut plus de lui (1).

L'incapacité de l'esclave ne s'étendait pas aux délits et aux obligations *quasi ex delicto*; il en répondait, même après sa manumission.

Instit., l. IV, tit. VIII. § 5. Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse, aut, *si manumissus fuerit*, directo ipse tenetur, et extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit : nam si liber homo noxiam commiserit, et is servus tuus esse cœperit (quod casibus quibusdam effici, primo libro tradidimus), incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.

Toute action noxale suit l'auteur du délit. Si votre esclave commet un fait illicite tant qu'il est sous votre puissance, on peut vous poursuivre; s'il passe sous le pouvoir d'autrui, on agit contre le nouveau maître; s'il est affranchi, on agit directement contre lui, et il n'y a plus d'abandon noxal. Par contre, une action directe peut devenir noxale; si un homme libre commet un délit, et qu'ensuite il devienne votre esclave (par un des moyens indiqués dans le premier livre), l'action noxale sera dirigée contre vous.

CHAPITRE IV.

NOTIONS SUR LE DOL ET SUR LA FAUTE DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES DIVERSES SOURCES DES OBLIGATIONS.

Sommaire. — 1. *On ne répond pas du cas fortuit.* — 2. *On répond de la faute Aquilienne.* — 3. *De son dol.* — 4. *De la faute grave.* — 5. *Difficultés pour la* culpa levis. — 6. *Les Romains décidaient suivant les circonstances; il n'y avait pas de règle générale sur ce point.* — 7. *Exemples qui le démontrent.*

Il est facile de comprendre que l'exécution des obligations peut présenter des variations nombreuses. Certaines personnes se conformeront exactement à leurs promesses, et pour elles il y aura solution, l'engagement civil sera éteint. D'autres débiteurs n'exécuteront pas leurs obligations, cette circonstance entraînera-t-elle toujours responsabilité vis-à-vis des créanciers? Il faut distinguer : *Nemo præstat casum.* si l'inexécution a pour cause une force majeure ou un cas fortuit auquel on n'a pas pu se soustraire, il n'y aura pas responsabilité; les Romains disaient : « Nemo præstat casum aut vim majorem; » ou bien encore : « Impossibilium nulla obligatio (2). »

(1) F. 14, 43, *de obligat. et act.* D. 44, 7. — F. 35, *de stipul. servor.* D. 45, 3. — (2) F. 18, 1, *de pign. act.* D. 13, 7. — F. 185, *de regulis juris.* D. 50, 17.

Mais il y a des circonstances dans lesquelles le défaut d'exécution peut être imputé au débiteur, soit parce qu'il a détruit lui-même la chose promise, soit parce qu'il n'a pas apporté à sa conservation tout le soin nécessaire, soit enfin parce qu'il a refusé de faire ce qu'il avait promis. Dans ces divers cas, le principe de responsabilité est certain, mais il y aura cependant souvent de grandes différences dans la position des parties, et, par conséquent, dans les appréciations qui devront être faites. De là des questions délicates, qui ont donné lieu à une théorie assez incertaine et désignée par le nom générique de *théories des fautes*.

Beaucoup de jurisconsultes se sont occupés de ce point, et les résultats qu'ils ont obtenus présentent le plus souvent des divergences telles qu'il est impossible de les concilier. Cela vient de ce qu'on a voulu trouver dans le droit romain une théorie absolue qui n'y est pas. Il y a sans doute, dans les textes, certains principes généraux que tout le monde a pu constater; mais dans les applications de détail, chaque contrat, chaque fait qui donne naissance à l'obligation, est soumis à des règles particulières établies par la convention, la loi, la jurisprudence ou l'usage.

Il n'y a pas, en droit romain, de théorie générale sur les fautes.

Examinons d'abord les points sur lesquels il nous semble que le doute n'est pas possible.

PREMIER PRINCIPE.

Faute Aquilienne.

En droit romain, toute personne qui *détruit* ou *détériore* sans droit une chose corporelle appartenant à autrui, est déclarée responsable par la loi Aquilia. Il suffisait de la plus légère imprudence; « In lege Aquilia et levissima culpa venit (1). » Mais il fallait qu'il y eût acte illicite: si on avait seulement usé de son droit, la responsabilité cessait, et les jurisconsultes donnaient pour exemple, soit le cas du meurtre d'un esclave qui attaquait une personne, soit la démolition de la maison d'un voisin pour arrêter les progrès d'un incendie qui menaçait d'atteindre d'autres édifices (2).

Nous dirons donc qu'on sera toujours responsable d'avoir détérioré volontairement ou par imprudence la chose d'autrui. C'est ce qu'on appelle la faute Aquilienne, nommée par certains auteurs *culpa in faciendo* (3).

On doit toujours en répondre.

Mais en dehors de la faute Aquilienne, il peut se présenter d'autres cas de responsabilité.

Une personne a loué sa maison; le locataire doit en prendre possession à une époque déterminée. Pour ne pas exécuter son obliga-

(1) F. 44, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. = (2) F. 151, *de regulis juris.* D. 50, 17. — F. 3, § 7, *de incendio.* D. 47, 9. — F. 4, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. = (3) Pour compléter cette notion, V. *infra*, *ad legem Aquil.*, tit. IV, ch. III.

tion, le propriétaire démolit l'édifice ; il est évident qu'il devra payer une indemnité. La simple négligence pourra amener le même résultat, mais cependant il y aura lieu souvent à faire des distinctions. Constatons d'abord les cas sur lesquels tout le monde est d'accord.

DEUXIÈME PRINCIPE.

On est toujours responsable du dol.

On est toujours responsable de son dol. Dans l'ordre d'idées qui nous occupe, le dol est tout acte volontaire, ou toute négligence intentionnelle, qui a pour but de nuire à autrui. C'est dans l'intention coupable que se trouve l'élément essentiel du dol. La responsabilité n'admet aucune exception, pas même la convention qui permettrait indirectement à une personne de commettre un dol : « Illud « non probabis, dolum non esse præstandum si convenerit ; nam « hæc conventio contra bonam fidem, contra bonos mores est, et ideo « nec sequenda est (1). »

Caractère de la faute.

Par opposition au dol, on peut avoir à se reprocher seulement une faute, *negligentia, desidia, imprudentia.* Dans ce cas, il n'y a pas volonté de nuire, on a manqué de vigilance, on a fait un acte imprudent; le dommage existe comme *factum,* mais l'auteur n'avait pas l'*animus nocendi.*

Il est impossible de poser une règle générale applicable à tous les cas de fautes, car ils peuvent varier à l'infini. Tantôt le manque de vigilance sera à peine sensible, on n'a pas veillé comme on aurait pu le faire, mais peu s'en faut. Tantôt, au contraire, il y aura négligence évidente, impardonnable; l'homme le moins prévoyant devait s'attendre à voir la chose périr ou se détériorer. Entre ces deux extrêmes les nuances sont innombrables; la jurisprudence romaine, qui l'avait constaté, adopta un vocabulaire destiné à établir une

Culpa lata, culpa levis.

première ligne de démarcation. Elle reconnut une *culpa lata,* faute grave, et une *culpa levis,* faute légère (2).

Qu'est-ce que la *culpa lata*?

Ulpien définit la faute grave : « Lata culpa est nimia negligentia, « id est, non intelligere quod omnes intelligunt (3).» La faute grave est une négligence par trop grande, elle consiste à ne pas comprendre ce que tout le monde comprend. Paul formule la même pensée : « Latæ culpæ finis est non intelligere quod omnes intelli- « gunt.» La limite de la faute grave, c'est de ne pas comprendre ce

La jurisprudence déclare qu'on sera toujours tenu de la *culpa lata.*

que tous les hommes comprennent (4). Peut-on jamais excuser une semblable négligence? La jurisprudence, après quelques divergences d'opinions, avait fini par répondre négativement. Au second siècle

(1) F. 1, § 7, *deposit.* D. 16, 3. — F. 23, *de regulis juris.* D. 50, 17. = (2) L. 7, Cod., *arbitrium tutelæ,* 5, 51. = (3) F. 213, § 2, *de verb. signif.* D. 50, 16. Nous ne nous occuperons pas d'une *culpa levissima* dont quelques auteurs avaient voulu établir l'existence en droit romain. On est généralement d'accord aujourd'hui pour repousser ce système. = (4) F. 223, *de verb. signif.* D. 50, 16.

de l'ère chrétienne, tous les jurisconsultes admettaient qu'il était impossible d'excuser certains actes ou certaines abstentions, même involontaires ; alors, suivant eux, l'ignorance ou l'apathie constituait un dol plutôt qu'une faute. Gaïus écrivait : « Magnam tamen negli- « gentiam placuit in doli crimine cadere. » Déjà Celsus avait adopté cet avis avant lui : « Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum « esse, Proculo displicebat, mihi *verissimum* videtur. » Enfin, après eux, Paul résume ainsi le principe : « Magna negligentia culpa est, « magna culpa dolus est (1). » Voici donc un nouveau résultat acquis.

TROISIÈME PRINCIPE.

Toute négligence assez grave pour être déclarée une *culpa lata* entraînera responsabilité comme le dol lui-même.

Mais déjà nous avons à résoudre ici une question de fait : dans quels cas y aura-t-il faute grave ? Des écrivains ont cru qu'il fallait répondre : Toutes les fois qu'une personne apportera moins de soins à la conservation de la chose d'autrui, qu'à la conservation de son propre patrimoine. Nous ne croyons pas cette opinion conforme aux principes du droit romain. Sans doute, celui qui est moins vigilant pour autrui que pour lui-même n'est pas à l'abri de tout reproche ; mais c'est aller trop loin que de vouloir assimiler cela au dol. Gaïus l'établit bien dans un des Fragments que nous venons de citer ; il suppose un dépositaire qui a été négligent : « Si negligen- « ter rem custoditam amiserit, *securus est* ;» pour qu'il soit responsable, il faut qu'il y ait dol ou *magna culpa* : il n'examine donc pas ce que le dépositaire fait pour lui spécialement. Le type auquel on rapportera les actes et les abstentions pour savoir s'il y a *culpa lata* pouvant être assimilée au dol, c'est l'homme d'une intelligence commune ; « quod omnes intelligunt.» La règle est donc générale et non pas relative.

Au-dessous de la faute grave se trouve la faute légère, *culpa levis*. C'est la négligence simple dans laquelle on ne rencontre pas la trace d'un mauvais vouloir. Tout le monde aurait pu se laisser ainsi tromper ou surprendre. *Culpa levis.*

Mais ici la terminologie romaine va donner lieu à des difficultés dont la solution est purement hypothétique. Souvent, dans les textes, les jurisconsultes introduisent un élément particulier d'appréciation ; ils examinent si on a apporté à la conservation de la chose les mêmes soins qu'à ses propres affaires. Paul dit que le vendeur doit garder la chose jusqu'au moment de la tradition : « Ut diligen- Difficultés dans les termes employés.

(1) F. 1, § 5, *de oblig. et act.* D. 44, 7. — F. 32, *depositi.* D. 16, 3. — F. 226, *de verb. signif.* D. 50, 16.

« tiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet (1). » Gaïus, recherchant le degré de vigilance que doit déployer un associé pour la conservation des choses appartenant à la société, pose ce principe : « Sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhi« bere qualem *suis rebus* adhibere solet (2). » Voilà donc deux éléments d'appréciation. L'un, purement relatif, consistera à examiner si on a fait pour autrui ce qu'on fait pour soi-même. L'autre, plus rigoureux, amènera à prendre pour type le bon père de famille, celui qui sait conserver son patrimoine, qui est assez vigilant pour l'empêcher de diminuer : « Homo diligens et studiosus paterfamilias, « cujus personam incredibile est in aliquo errasse (3). » Cette donnée, dont l'existence est établie par un assez grand nombre de textes, a fait adopter par les auteurs modernes un vocabulaire commode et que nous croyons très-propre à formuler l'idée romaine. En prenant pour point de départ la diligence habituelle à celui qu'on prétend obligé, on dit que la faute est évaluée *in concreto*, d'une manière relative. Quand le point de comparaison est pris dans le type imaginaire appelé *bonus paterfamilias*, on dit que la faute est estimée *in abstracto*, d'une manière générale, et alors, suivant les cas, il y aura ou il n'y aura pas responsabilité.

Vocabulaire moderne.

Culpa levis in concreto.

Culpa levis in abstracto.

Sens des mots *dolus, culpa, diligentia, custodia.*

De nouvelles complications surgissent quand on examine les termes du Digeste et du Code. Tantôt nous trouvons le mot *dolus*, opposé d'une manière générale aux expressions *negligentia*, *culpa*, *custodia* (4), et on peut dire alors que, dans l'idée du jurisconsulte, la responsabilité s'étend au delà du dol, sauf à établir sa portée suivant les cas.

Dans d'autres textes, on trouve une série de mots échelonnés et se faisant en quelque sorte antithèse les uns aux autres. Ainsi, pour citer un seul passage d'Ulpien, il dit au F. 5, § 15, *commodati*, D. 13, 6 : « Sed esse verius, ait Celsus filius, *et dolum, et culpam, et* « *diligentiam, et custodiam*, in totum me præstare debere (5). »

Le sens du mot *dolus* est incontestable, c'est la volonté de nuire qui caractérise le dol.

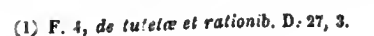
Le mot *custodia* avait également une signification assez nette dans la jurisprudence romaine : quand l'un des contractants avait expressément ou tacitement promis *custodia*, il était responsable du vol simple commis sans violence, et de la fuite de l'esclave qui faisait l'objet du contrat (6).

(1) F. 3, *de periculo et commodo rei venditæ*. D. 18, 6. = (2) F. 72, *pro socio*. D. 17, 1. — F. 25, § 16, *familiæ ercisc*. D. 10, 2. — F. 17, *de jure doti*. D. 23, 3. = (3) F. 25, *de probat*. D. 22, 3 = (4) F. 1, § 5, *de oblig. et act*. D. 44, 7. — F. 108, § 12, *de legatis*, 1°. D. 30. — F. 10, § 1, *commod*. D. 13, 6. = (5) Add. F. 5, § 2, *commod*. D. 13, 6. — F. 13 § 1, *de pignor. act*. D. 13, 7. = (6) Cf. F. 35, § 4, *de contrah. empt*. D. 18, 1. — Instit., liv. III, tit. 23, § 3. — L. 6. Cod., *de pignor. act*. 4, 24.

Mais que signifie *diligentia* opposée à *culpa?* M. Molitor, dans son *Traité des obligations*, pense que *culpa* correspond à la nécessité juridique de conserver la chose en l'empêchant de se détériorer. *Diligentia* indiquerait l'obligation de faire produire à la chose ce qu'elle devait produire. Entre autres textes, il cite la loi 7 au Code, *arbitrium tutelæ* 5, 51 : « Quidquid tutoris dolo aut *lata* culpa, aut levi, seu cu« ratoris minores *amiserint*, vel, cum possent, *non adquisierint*, hoc « in tutelæ negotiorum gestorum *utile*, judicium venire non est in« certi juris. » Il est constant, en droit, qu'il faut comprendre dans le jugement de tutelle, ou dans l'action utile de gestion d'affaires, tout ce que les mineurs ont perdu, ou manqué d'acquérir, par le dol, la faute grave ou la faute légère, soit du tuteur, soit du curateur. Cette responsabilité est ainsi établie, parce que les tuteurs doivent montrer de la diligence, *præstare diligentiam* (1).

Il est possible que dans certains cas les jurisconsultes romains aient attaché ce sens actif au mot *diligentia*, mais nous ne pensons pas qu'il soit vrai d'en faire une règle générale. Ainsi, dans le commodat d'un char, Ulpien veut que le commodataire réponde du défaut de diligence; évidemment, il ne s'agit pas ici d'autre chose que de la conservation. Nous pensons donc que la réunion des deux mots *culpa* et *diligentia* indique un degré de vigilance poussé assez loin, mais calculé cependant suivant les circonstances. C'est ainsi qu'en matière de tutelle, on exige des tuteurs « quantam *in suis rebus* di« ligentiam,» tandis que celui qui a emprunté doit se montrer encore plus vigilant pour la conservation, mais sans avoir à s'occuper des qualités productives de la chose prêtée. C'était aux tribunaux à interpréter, soit la loi qui imposait l'obligation, soit la convention qui la faisait naître.

En résumant ce que nous venons de dire sur cette théorie, nous Résumé.
arrivons à constater l'existence des résultats que voici : 1° il y a toujours responsabilité de la faute Aquilienne, qui consiste à détériorer, même par imprudence, la chose d'autrui; 2° dans l'exécution de tous les contrats, on répond du dol; 3° la jurisprudence classique, au second siècle après J.-C., assimile la *culpa lata* au dol : il y a donc encore responsabilité dans ce cas, et on prend pour base, dans l'appréciation de la faute, la circonstance de « non intelligere quod « omnes intelligunt; » 4° les Romains évaluaient la faute légère de deux manières : tantôt ils examinaient la conduite du défendeur lui-même, *culpa in concreto*; tantôt ils prenaient pour type un *bonus paterfamilias*, *culpa in abstracto*; 5° le sens des mots *dolus* et *custodia* est précis; il n'en est pas de même des mots *culpa* et *dili-*


(1) F. 4, *de tutelæ et rationib.* D. 27, 3.

gentia, le juge leur donnera une étendue plus ou moins grande, suivant la nature de l'acte et les circonstances de fait.

Il n'y a pas de règle générale pour évaluer la faute légère.

Il nous reste enfin à rechercher si, dans l'application des principes de la faute, il y avait une règle fixée servant à reconnaître quand on était tenu de la *culpa levis in concreto* ou de la *culpa levis in abstracto*. Nous croyons que cette règle n'existait pas, et qu'il fallait dans chaque procès calculer la faute légère en partant de bases différentes.

C'est par l'énumération des diverses classes d'obligations que nous allons justifier cette assertion.

Contrats de droit strict.

Dans les contrats de droit strict, comme la stipulation, le débiteur semble être tenu seulement de la *culpa in faciendo*, et non responsable de ses abstentions : « An culpa quod ad stipulationem « attinet in faciendo accipienda sit, non *in non faciendo*, quod magis « probandum est (1); » dans la stipulation, on doit considérer comme faute les actions, mais non le manque d'agir. Mais il s'agit ici seulement de la faute légère, car le débiteur serait tenu de la *culpa lata* comme du dol. Cette limitation de la responsabilité à la *culpa in faciendo* était fondée sur une interprétation de la volonté des parties : « Quia qui dare promisit, ad dandum, non faciendum, tenetur. »

Contrats de bonne foi. Cas où il y a avantage *unius vel utriusque*.

En dehors des contrats de droit strict, les textes posent quelquefois une autre règle dont on devait probablement tenir grand compte dans la pratique, mais qui n'est pas cependant suffisamment générale pour servir de base à une théorie. Africain, parlant de la responsabilité de l'héritier vis-à-vis des légataires, établit que s'il ne retire aucun avantage de l'hérédité, il ne répondra que de son dol; si, au contraire, il a profité des biens, il devra tenir compte de la faute, et il ajoute : « Sicut in contractibus *fidei bonæ* servatur, ut si qui« dem *utriusque* contrahentium commodum versetur, etiam *culpa* : « sin unius solius, *dolus* malus tantummodo præstetur (2). » De même, dans les contrats de bonne foi, on observe cette règle que s'il y a intérêt des deux parties, on tient compte de la faute ; s'il y a intérêt d'une seule partie, on ne calcule que le dol. Cette règle est tantôt vraie, tantôt modifiée par des circonstances de faits ou des conventions particulières.

A. *Contrats de bonne foi ou conventions sanctionnées dans lesquelles il n'y a ordinairement intérêt que de l'une des parties.*

Suivant le texte cité, la règle serait : « Si unius solius commodum « versetur, dolus malus tantummodo præstatur, » ce qui signifie :

(1) F. 91, *de verb. oblig.* D. 45, 1. — (2) F. 108, § 12, *de legatis*, 1°. D. 30. — Add. Ulp. F. 5, § 2. — F. 18. *commod.* D. 13, 6. — Paul. F. 17, pr., *de jure dotium.* D. 23, 3. — Gaius, F. 1, § 5, *de oblig. et actionib.* D. 44, 7.

celui qui ne retire aucun avantage ne répond que de son dol.

Cas du commodat. La responsabilité varie.

Dans le commodat, la responsabilité variera suivant les circonstances de fait. Si le contrat est simple, le commodataire doit répondre de tous ses actes et de toutes ses abstentions; si l'acte intéresse le commodant, par exemple, quand on prête des objets pour servir à la réception d'un ami commun, la responsabilité diminue; enfin si le commodat est tout dans l'intérêt du commodant, quand un magistrat, par exemple, prête des armures aux acteurs figurant dans les jeux qu'il donne, le commodataire ne répond plus que du dol (1). Ici la règle varie quand il y a intérêt seulement du commodant, ou quand il y a avantage exclusif pour le commodataire, ce qui confirmerait le principe énoncé. Mais dans le *precarium*, le propriétaire remet ou laisse prendre sa chose par un tiers qui le prie de lui en concéder la jouissance; ce cas présente une très-grande analogie avec le commodat, car il y a avantage exclusif pour l'*accipiens*, et cependant il ne répond que de son dol et de la faute grave, *dolo proxima*. Ulpien voit là une interprétation de la convention. On explique encore cette restriction en faisant remarquer le droit accordé au concédant de reprendre sa chose quand bon lui semble (2).

Cas du *precarium*. On répond seulement du dol.

Le dépôt volontaire oblige à répondre seulement du dol, à moins de convention formelle ou supposée, quand la partie *sese obtulit deposito*. Dans le dépôt nécessaire, il n'y a pas plus d'intérêt pour le dépositaire; et cependant, la jurisprudence le déclarait tenu de déployer une plus grande vigilance, parce que le déposant n'avait pas pu choisir. Ici, c'est la question de fait qui modifie la règle (3).

Cas du dépôt. On répond du dol et quelquefois de la faute.

Le mandataire agit ordinairement dans l'intérêt du mandant seul, et cependant on le regarde comme obligé à *præstare diligentiam*; on le note même d'infamie s'il a été négligent (4).

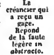
Cas du mandat. Responsabilité très-étendue.

B. ***Contrats de bonne foi dans lesquels il y a intérêt des deux parties.***

Ici la responsabilité va toujours au delà du dol, mais l'appréciation de la faute varie. Dans la vente, dans le louage, le vendeur et le bailleur répondent du dol, de la faute, et même de la *custodia*; on a interprété dans le même sens l'engagement des hôteliers et des agents de transports. Enfin, il résulte des textes que le calcul de la faute est fait *in abstracto* (5).


Vente. Louage. On répond de la *culpa levis in abstracto*.

Le créancier gagiste doit aussi veiller à la conservation du gage comme un père de famille diligent; sa responsabilité est assimilée à celle du commodataire (6).


Le créancier qui a reçu un gage. Repond de la faute legère *in abstracto*.

(1) F. 5, § 2, 10. — F. 18, pr., *commod.* D. 13, 6. = (2) F. 9, § 3. — F. 12, *de precario.* D. 43, 26. = (3) F. 1, § 1, 2, 3, 4, 6, 8, 35, 47.—F. 32, *depositi.* D. 16, 3. = (4) L. 11, 13, 21, Cod., *mandati*, 4, 35. = (5) F. 3, *de periculo.* D. 18, 6. — F. 34, § 5, *de contrah. empt.* D. 18, 1. — F. 49, § 1, *locati.* D. 19, 2. — L. 2, Cod., *de locato*, 4, 65. — F. 1, § 8. — F. 3, § 1-2. *nautæ caupones.* D. 4, 9. = (6) F. 13, § 1. — F. 14, *de pignor act.* D. 13, 7.

Société, dot. Responsabilité de la culpa levis in concreto.

Les associés, pour le fonds social, le mari, pour la dot de sa femme, doivent déployer la même diligence que pour leur patrimoine propre; on calcule la faute *in concreto* (1).

C. *Actes faisant naître les obligations* quasi ex contractu.

Les obligations qui naissent *quasi ex contractu* sont presque toutes de bonne foi; pour chacune d'elles, le calcul de la faute variera suivant les cas.

L'héritier.

L'héritier, comme nous l'avons vu, répondra du dol ou de la faute, suivant qu'il rendra toute l'hérédité ou qu'il en gardera une partie (2).

Le tuteur.

Dans la tutelle, la responsabilité est calculée *ex æquo et bono*; on examine si le tuteur est ou non blâmable d'avoir agi comme il l'a fait. Cependant, Ulpien exige qu'il soit au moins aussi vigilant pour le pupille que pour lui-même (3).

Le gérant d'affaires.

Le gérant d'affaires est enfin assimilé au mandataire, bien qu'il y ait intérêt exclusif du *dominus rei*; cependant on est un peu moins rigoureux s'il est certain que sans la gestion d'affaires, la chose conservée en partie aurait entièrement péri (4).

Conclusion.

Il résulte de cette rapide énumération qu'il n'y a pas de règle générale pour l'appréciation de la faute légère. On examinera sans doute quelquefois s'il y a intérêt d'une partie seulement ou de toutes les deux, mais il faudra rechercher, dans la plupart des cas, quelle a été la volonté exprimée ou supposée des contractants; enfin, dans d'autres hypothèses, on aura à vérifier quelles ont été les obligations de vigilance imposées aux personnes, soit par le législateur, soit par la jurisprudence.

TITRE II.

Obligations ex contractu.

CHAPITRE PREMIER.

CONTRATS CIVILS RE. — CONVENTIONS QUI S'Y RATTACHENT.

Définition des contrats re.

Les contrats *re* sont les conventions, reconnues par le droit civil, dans lesquelles la réunion des deux volontés ne suffit pas pour faire naître une obligation; il faut de plus qu'il y ait eu tradition des choses qui font l'objet du contrat.

(1) F. 72, *pro socio*. D. 17, 2. — F. 17, *de jure dotium*. D. 23, 3. = (2) F. 108, § 12, *de legat.*, 1°. D. 30. — F. 22, § 3, *ad sc. Trebell.* D. 36, 1. = (3) Cf. F. 7, § 2, *de administrat. tutelæ*. D. 26, 7. — F. 1, *de tutelæ*. 27, 3. = (4) F. 2, § 9, *de negot. gestis*. D. 3, 5.

PREMIER CONTRAT RE. — LE MUTUUM.

Le *mutuum* est un contrat dans lequel une personne transfère à une autre la propriété de certaines choses fongibles, « quæ numero, mensura aut pondere constant, » à condition qu'on lui rendra plus tard une quantité égale de choses de même nature et de même qualité. Définition du *mutuum*.

Pr. Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem obligatio in his rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res, aut numerando, aut metiendo, aut pendendo, in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non hædem res, sed aliæ ejusdem naturæ et qualitatis reddantur. Unde etiam *mutuum* appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo *tuum* fiat.

L'obligation naît de la tradition comme dans le *mutuum*. Le *mutuum* s'applique aux choses considérées comme poids, nombre et mesure, par exemple le vin, l'huile, le froment, l'argent monnayé, l'airain, l'or et l'argent en lingots, toutes choses qoe nous livrons en les comptant, en les mesurant ou en les pesant, pour qu'elles deviennent la propriété de ceux qui les reçoivent, et pour qu'ils nous rendent ensuite d'autres objets de même nature et qualité. Ce contrat est appelé *mutuum*, parce qu'on donne la chose, afin que de *mienne* elle devienne *tienne*. Instit., l. III, tit. XIV.

L'étymologie du mot *mutuum* est tout à fait problématique, il suffit de la mentionner.

Le *mutuum* ne peut porter que sur des choses considérées exclusivement sous le point de vue de quantité, poids ou mesure. Si on leur attribuait le caractère de corps certains, l'acte juridique deviendrait un échange, alors même que la chose donnée en retour serait d'une nature identique; si, par exemple, Séius donnait sa maison pour en recevoir une autre. A plus forte raison, l'acte ne serait plus un *mutuum* si on donnait en retour des choses différentes (1). Choses qui font l'objet du *mutuum*.

Nous dirons donc que l'élément naturel du *mutuum* se trouve dans la translation de propriété d'une certaine quantité de choses fongibles, qui doivent être remplacées par un équivalent de même nature. Élément naturel du *mutuum*.

Tout ce qui est dans le commerce peut faire l'objet d'un *mutuum*; il n'est pas nécessaire que le contrat porte sur des denrées *quæ ipso usu consumuntur*; on peut le faire même à l'occasion des immeubles : rien n'empêche de transférer la propriété de cinquante jugères de terrain à une personne qui s'engage à vous en rendre *in genere* cinquante autres qui doivent être déterminées ultérieurement, soit dans les Gaules, soit en Afrique.

Les parties ayant pour but immédiat de transférer la propriété, il faudra employer les modes usités en droit romain, la mancipation Formes du *mutuum*.

(1) F. 2, pr. § 1, *de rebus credit.*, D. 12, 1.

et *cessio in jure*, pour les *res mancipi*; la tradition, pour les *res nec mancipi*.

Personnes qui peuvent faire le *mutuum*.

Il résulte également de ce principe, que le *mutuum* ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de transférer et d'acquérir la propriété.

Ainsi le pupille ne peut pas faire ce contrat sans l'*auctoritas tutoris*. S'il livre seul une somme d'argent qui existe encore, il pourra la revendiquer; si elle n'existe plus, il intentera l'action *ad exhibendum* contre l'emprunteur de mauvaise foi, pour le faire condamner *ex jurejurando*, car on suppose qu'il refuse par dol d'exhiber la chose; dans le cas d'un emprunteur de bonne foi, le pupille aura seulement la *condictio* (1).

Cependant les esclaves et les fils de famille pouvaient donner en *mutuum* les objets compris dans leurs pécules, bien qu'ils n'en fussent pas propriétaires; mais il fallait encore que cet acte rentrât dans les limites de l'administration qui leur était confiée (2).

Celui qui emprunte doit avoir la capacité de s'obliger, sinon il serait tenu seulement « quatenus locupletior factus fuerit (3). »

Le *mutuum* peut être accompagné de toutes les modalités permises par la loi; il peut être à terme ou sous condition, etc.

C'est un contrat unilatéral.

C'est un contrat unilatéral, faisant naître pour l'*accipiens* l'obligation de retransférer plus tard une quantité égale de denrées identiques : « Nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est. » On ne pourrait donc pas rendre du vin nouveau pour du vin vieux (4).

Les risques sont pour l'emprunteur.

L'emprunteur étant devenu propriétaire supportera tous les risques, comme il profite de toutes les bonnes chances. La perte de la chose donnée en *mutuum* ne le dispensera pas du remboursement; il n'y a donc pas lieu d'appliquer ici la théorie du dol et de la faute, si ce n'est pour le cas où le prêteur lui-même aurait livré sciemment des choses qui pouvaient nuire à l'emprunteur, par exemple des animaux infectés d'une maladie contagieuse.

Action résultant du *mutuum*.

Pour contraindre le débiteur à payer, le créancier intente contre lui une action personnelle de droit strict, appelée la *condictio certi*, dans laquelle on tiendra compte ordinairement des conventions des parties (5). Quelquefois les auteurs indiquent cette action sous le nom d'*actio mutui* ou *pro mutuo*; mais c'est un vocabulaire rarement employé.

Nous avons supposé jusqu'ici que le *mutuum* était gratuit; mais souvent celui qui prête exige, pour compenser la privation de jouis-

(1) Instit., liv. II, tit. VIII, § 2. — F. 11, § 2. — F. 12, 13, *de rebus credit.* D. 12, 1. = (2) F. 2, § 4. — F. 11, § 2, *de rebus credit.* D. 12, 1. = (3) F. 25, § 1, *quando dies cedit.* D. 26, 2. = (4) F. 3, *de rebus credit.* D. 12, 1. = (5) F. 22, *de rebus credit.* D. 12, 1.

sance qui résulte du prêt, un équivalent que les Romains appelaient *usura*, intérêt ; le *mutuum* est alors appelé *fœnus*, et il y a peu de contrats qui aient donné lieu à autant de dispositions législatives, surtout à l'époque de la république. Nous allons examiner rapidement les principes du *mutuum* quand il prend cette forme.

DU PRÊT A INTÉRÊT CHEZ LES ROMAINS.

On entend par prêt à intérêt le *mutuum* dans lequel l'emprunteur s'engage à rendre quelque chose de plus que ce qu'il a reçu. Définition.

Cette prestation en plus, qui peut être effectuée, soit en une seule fois, soit à des époques périodiques, a reçu le nom d'*usura* ou de *fœnus*. Ce dernier mot viendrait, suivant Varron, de *fœtus*, croît des animaux : « Quasi a fœtura quadam pecuniæ parientis atque incres- « centis. » D'où cette conséquence, que l'*usura* doit toujours consister dans une chose de même nature que celle qui fait l'objet de la convention principale; sans cela on serait dans la catégorie des contrats innommés (1). Caractère de l'*usura*.

Le capital prêté est ordinairement désigné dans le texte par l'expression *sors*. « Sortem cum usuris solvere, » payer le capital avec les intérêts (2). Le capital est appelé *sors*.

Le prêt à intérêt peut avoir lieu pour toutes sorte de denrées, mais il intervenait surtout, à Rome, pour les sommes d'argent.

Nous avons déjà dit comment les plébéiens, devant faire le service militaire à leurs frais, étaient obligés de contracter des emprunts fréquents. Comme presque tous les capitaux se trouvaient entre les mains des patriciens, membres des *gentes*, il en résultait qu'il fallait toujours s'adresser à eux; et tout le monde sait comment ils tenaient la *plebs* sous leur domination, à l'aide des lois rigoureuses qui frappaient les *nexi* ou les *addicti*.

Ce qui contribuait à rendre très-dure la condition des débiteurs, c'était la liberté laissée aux parties de fixer le taux de l'intérêt; les patriciens, profitant des besoins de la *plebs* et de la rareté des capitaux, faisaient monter l'*usura* à un chiffre énorme. Le plébéien endetté arrivait presque forcément à perdre d'abord son champ, puis ensuite sa liberté; et il ne fallait pas espérer trouver de la pitié chez le capitaliste créancier, la *manus injectio*, avec ses conséquences cruelles, suivait son cours, jusqu'au moment où les débiteurs demandaient, les armes à la main, qu'on apportât quelque adoucissement à leur position : « Sane vetus urbi fenebre malum, et seditio- « num discordiarumque creberrima causa (3). » Comme, d'un côté Autrefois le taux de l'intérêt était illimité.

(1) Cf. Aulu-Gelle, *Nuits attiq.*, liv. XVI, ch. XII, in fine. — L. 14-16, Cod., *de usuris*, 4, 32. = (2) F. 5, § 2, *de solutionib.* D. 46, 3. — F. 24, *de præscript. verbis.* D. 19, 5. = (3) Tacite, *Annales*, liv. VI, ch. XXI.

le sénat défendait la cause des prêteurs à intérêts, presque tous membres de la caste patricienne; comme, de l'autre, la *plebs* demandait toujours la diminution de l'usure, il en résulta souvent dans la législation des variations trop exagérées pour pouvoir être durables.

Lois sur le prêt à intérêt. Douze Tables; sens des mots : *unciarium fœnus*.

La loi des douze Tables apporta probablement la première limite au taux de l'intérêt : « Ne quis unciario fœnore amplius exerceret, « cum antea ex libidine locupletium agitaretur (1). » Personne, dit Tacite, ne put fixer l'intérêt au delà d'une once, tandis qu'autrefois il variait suivant la cupidité des riches. Celui qui violait cette défense devait rendre au quadruple les intérêts excédant le taux légal. Cette expression, *unciarium fœnus*, a soulevé de graves discussions. Cujas, Paul Manuce, M. Pellat, dans son traité *De Jure dotium*, posent en principe que la loi des douze Tables avait fixé l'intérêt à douze pour cent par an, un pour cent par mois. D'autres écrivains, comme Gérard Noodt et M. Dureau de Lamalle, ont soutenu que *unciarium fœnus* signifiait : un pour cent par an. Mais cette opinion nous semble tout à fait inadmissible par un double motif: 1° si l'intérêt avait été si minime, on ne comprendrait pas les plaintes du peuple, et les propositions continuelles des tribuns pour faire abaisser le taux fixé par la loi. D'ailleurs il y a une règle générale en économie politique: une marchandise est d'autant plus chère qu'elle est plus rare et plus recherchée; or, à l'époque des douze Tables, la masse du numéraire était trop peu considérable pour qu'on pût avoir la pensée de fixer l'*usura* à un taux qui était inférieur au produit net de la terre. En second lieu, il est constant qu'à la fin de la république l'intérêt maximum, mais souvent stipulé, était de douze pour cent par an; n'est-il pas évident que s'il y avait eu une différence aussi considérable entre les deux époques, les historiens l'auraient signalée en donnant la raison de ce changement?

Une dernière opinion, qui nous paraît préférable, consiste à dire que les mots *unciarium fœnus* signifient un douzième du capital par an. Nous avons vu comment les Romains fractionnaient souvent les unités dont ils s'occupaient en douze onces. Pour les successions, c'est la division en onces qui sert de base aux partages; dans la vie pratique, il en était de même pour les calculs d'intérêts. Les douze Tables ne firent que transformer en loi un langage probablement usuel; elles fixèrent l'intérêt à un douzième du capital par an; et comme l'année cyclique de dix mois était encore en vigueur à cette époque, le taux se trouvait être de huit un tiers pour cent par année romaine. Quand on adopta l'année de douze mois, on conserva l'ancien délai dans le calcul des intérêts; c'était une sorte d'année de

(1) Gaius, Com., 4, § 24, mentionne une loi Marcia qui donnait la *manus injectio* contre les *fœneratores* qui avaient demandé des intérêts exagérés.

banque, comme il en existe une chez les modernes pour les relations commerciales. En définitive, l'intérêt de la loi des douze Tables montait à peu près à dix pour cent pour une année de douze mois.

Le maximum fixé ne satisfit ni les créanciers ni les débiteurs. Du reste, les capitalistes trouvèrent bien vite le moyen d'éluder la loi par des stipulations à part, ou en se faisant donner des gages capables de garantir le payement de l'intérêt usuraire qu'ils demandaient. Les plébéiens, de leur côté, trouvaient le taux légal trop élevé; de là des luttes continuelles. Tantôt les patriciens l'emportent : Tite Live nous les montre assassinant, en plein Forum, le préteur Sempronius Asellio, qui absolvait ordinairement les débiteurs; tantôt les plébéiens ont le dessus, et font voter une série de lois dans leur intérêt.

En l'an 378 de Rome, une loi Licinia décida qu'on imputerait sur le capital dû les intérêts exagérés déjà payés, et que, de plus, tous les débiteurs pourraient se libérer en trois payements annuels. Peu de temps après la loi Duilia rappela, mais en vain, les patriciens à l'observation de la loi des douze Tables. Lois dans l'intérêt des débiteurs.

En l'an 408 de Rome, un tribun fit diminuer l'intérêt de moitié; « *ad semiunciam* redactum est fœnus; » mais les créanciers éludaient encore la loi. Pour couper court au mal, un autre tribun fit passer, en 413, la loi Genucia, par laquelle il était absolument défendu de prêter à intérêt. C'était une décision impossible à appliquer; la loi Genucia ne fut pas plus respectée que celles qui l'avaient précédée; la lutte continua entre la pratique et la législation. « Multis « plebiscitis, dit Tacite, obviam itum fraudibus, quæ, totiens re-« pressæ, miras per artes rursum oriebantur. »

A l'époque de Sylla, il y eut encore des séditions occasionnées par l'usure, et César, lors de sa dictature, fit voter une loi contre ceux qui exigeaient un intérêt trop élevé.

Ce fut à l'époque de Cicéron que le taux de la loi des douze Tables fut définitivement modifié : on adopta l'usage grec, de prêter à un pour cent par mois, et comme le calendrier avait été changé, comme on avait adopté la division en douze mois, l'intérêt se trouva être de douze pour cent par an. Cicéron mentionne un sénatus-consulte qui avait admis ce taux; les jurisconsultes et les constitutions impériales le suivirent également. Aussi, quand on trouve dans les textes *legitimæ usuræ*, cela signifie douze pour cent par an; de même, *semisses usuræ*, *trientes usuræ*, signifient la moitié, le tiers de l'intérêt légal, c'est-à-dire, six pour cent ou quatre pour cent par an. A l'époque de Cicéron l'intérêt monte à 12 p. 100.

La transformation de l'ancien intérêt en *centesima usura* ne fut pas aussi lourde pour le peuple romain qu'on pourrait le croire. Les citoyens ne devaient plus à leurs frais le service militaire; le com-

merce et l'industrie avaient pris un certain essor; enfin, la masse du numéraire avait singulièrement augmenté en Italie après la conquête de la Grèce, de l'Afrique et de l'Asie Mineure. Si bien que, par la force même des choses, l'intérêt à douze pour cent était devenu une exception, un maximum que les tribunaux pouvaient prononcer, mais qui ne se présentait pas fréquemment dans la pratique. M. Dureau de Lamalle fait remarquer qu'à l'époque de Columelle (sous le règne de Claude) l'intérêt moyen était de six pour cent par an (1).

L'intérêt diminue dans la pratique.

Les intérêts exagérés sont imputés sur le capital. Pénalité imposée par Théodose.

A l'époque des jurisconsultes du Digeste, la peine du quadruple, quand on avait dépassé le taux légal, était tombée en désuétude; les intérêts exagérés étaient seulement imputés sur le capital, ou pouvaient être réclamés par la *condictio indebiti* (2). Cependant, en 386 après J.-C., les empereurs Valentinien III et Théodose II déclarèrent qu'à l'avenir on punirait de la peine du quadruple tous ceux qui prêteraient au delà de l'*usura centesima*, et rétroactivement, ils condamnèrent au double tous ceux qui avaient ainsi prêté dans le passé (3).

Cas où l'intérêt pouvait dépasser 12 p. 100.

Il y avait toutefois des hypothèses dans lesquelles l'intérêt pouvait dépasser douze pour cent par an : 1° quand il y avait prêt maritime, *nauticum fœnus*; 2° dans le *mutuum* de certaines denrées, *fruges vel humidas, vel arentes*, comprenant le froment, l'orge, l'huile, le vin, etc. On pouvait, en prêtant deux boisseaux, stipuler que le débiteur en rendrait trois, ce qui constituait un intérêt de cinquante pour cent (4); 3° quand le débiteur condamné n'avait pas exécuté la sentence dans le délai de deux mois, et que le créancier le mettait en demeure dans le courant du troisième, il devait payer le double des intérêts légaux, ce qui porte l'*usura* à vingt-quatre pour cent (5).

Taux fixé par Justinien.

Justinien vint enfin établir un nouveau taux d'intérêt pour l'argent : 1° les personnes illustres, et celles qui sont au-dessus de ce titre dans la hiérarchie nobiliaire, ne peuvent prêter que *usque ad tertiam partem centesimæ*, c'est-à-dire à quatre pour cent. 2° Les négociants peuvent stipuler *bessem centesimæ*, soit huit pour cent. 3° Dans le *nauticum fœnus*, on peut demander douze pour cent; 4° Tous les particuliers, le fisc, les villes, peuvent exiger six pour cent (6). Si on dépasse le taux légal, la convention est nulle; ce qui a été payé en plus doit être réclamé ou imputé sur le capital. Mais Justinien ne rétablit pas la peine du quadruple, mentionnée

(1) Cf. F. 7, § 7, 8, 10, *de administrat. et periculo*. D. 26, 7. = (2) Paul. Sent., liv. II, tit. XIV, § 2. = (3) L. 2, Cod. Theod., *de usuris*, 2, 33. = (4) L. 1, Cod. Theod., *de usuris*, 2, 33. = (5) L. 1, Cod. Theod., *de usuris rei judicatæ*, 4, 19. = (6) L. 26, Cod., *de usuris*, 4, 32. — L. 3, Cod., *de usuris fiscalib.*, 10, 8.

au Code Théodosien. 5° S'il y a inexécution de la chose jugée dans le délai de quatre mois, on devra les intérêts à douze pour cent, mais on ne le double plus (1). 6° Enfin, la novelle XXXIV, chap. I, défend d'exiger plus d'un huitième par an du capital, comme intérêts du prêt de denrée; c'est encore le taux de douze pour cent.

Quand s'arrêtaient les intérêts. Opinion des jurisconsultes classiques.

Depuis l'époque des jurisconsultes classiques, l'intérêt s'arrêtait quand il atteignait une somme égale au capital; ainsi le débiteur d'une somme de cent sesterces n'en paye pas les intérêts, ils s'accumulent jusqu'à ce qu'ils aient atteint un chiffre égal au capital, et alors on les arrête pour ne pas ruiner le débiteur par l'accroissement indéfini de son obligation. Ce résultat n'avait pas lieu si le débiteur payait régulièrement les intérêts; quelque fût le laps de temps pendant lequel ce payement avait été fait, on ne pouvait pas demander qu'il y eût imputation sur le capital (2). Justinien modifia encore cette règle. Quand la somme payée comme intérêts arrivait au double du capital, il y avait extinction de la créance; ainsi, j'ai payé pendant vingt ans dix pour cent d'intérêts, je suis entièrement libéré : cela n'avait pas lieu cependant pour les annuités dues aux villes (3).

Loi de Justinien.

Comment est dû l'intérêt.

Nous connaissons le taux de l'intérêt aux diverses périodes de l'histoire romaine; il nous reste maintenant à voir comment il pouvait être dû.

Stipulation

Dans le *mutuum*, il fallait ordinairement une stipulation formelle; un simple pacte n'aurait pas donné action pour contraindre le débiteur à payer les *usuræ*. Mais il est évident que si on avait payé les sommes ainsi promises, on ne pourrait pas les réclamer par la *condictio indebiti* (4).

Pacte légitime.

Le pacte d'intérêt valait comme pacte légitime : 1° pour les *argentarii*, qui prêtaient de l'argent (novelle CXXXVI, chap. IV); 2° quand le *mutuum* était fait par des villes (5); 3° si le contrat portait sur des denrées, comme du blé, du vin, etc.; 4° pour le *nauticum fœnum* (6).

Pacte adjoint aux contrats de bonne foi.

La nécessité de la stipulation, pour faire courir les intérêts, n'existait que dans les contrats de droit strict; un simple pacte, ajouté immédiatement, suffisait pour les contrats de bonne foi (7). Les intérêts d'une somme due peuvent encore courir par ordre du testateur dans les legs, par la sentence du juge dans les procès, et enfin par la décision de la loi dans certains cas; par exemple, pour le tuteur qui a usé des sommes appartenant au mineur (8).

(1) L. 2, Cod., *de usuris rei judicatæ*, 7, 54. = (2) F. 26, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. — L. 16, Cod., *de usuris*, 4, 32. = (3) L. 29, Cod., *de usuris*, 4, 32.—Nov. CXXI, ch. II.—Nov. CXXXVIII, CLX, ch. I. = (4) Paul. Sent., liv. II, tit. XIV, § 1. = (5) F. 30, *de usuris*. D. 22, 1. — *Basiliques*, liv. XXIII, tit. V, *Scholies*, lettre C. — (6) L. 12, Cod., *de usuris*, 4, 32. — F. 5, § 1, *de nautico fœnore*. D. 22, 2. = (7) F. 7, § 5, *de pactis*. D. 2, 14. — L. 4, Cod., *de pactis inter empt.*, 4, 54. = (8) F. 17, § 5. — F. 32, § 2-3. — F. 43, *de usuris*. D. 22, 1.—F. 7, § 41, *de administ. tut.* D. 26, 7.—F. 31, 87, § 1, *de legatis*, 2°. D. 31.

Le taux doit être fixe.

Dans les contrats de droit strict, il fallait déterminer le taux des intérêts. Dans les contrats de bonne foi, on suppléait quelquefois à la convention, alors les intérêts étaient dus *ex more regionis* : « Puto verum... debere dici usuras venire : eas autem quæ in regione « frequentantur, ut est *in bonæ fidei judiciis* constitutum (1). »

On peut modifier les intérêts pour l'avenir par l'adjonction d'une clause pénale, pourvu qu'elle ne dépasse pas les limites de douze pour cent.

Anatocisme. Ce qu'il est; pourquoi on le défend.

Parmi les stipulations portant sur l'*usura*, il y en a une qui a été défendue à toutes les périodes de l'histoire romaine; c'est l'*anatocisme*. On appelle ainsi la convention qui consiste à faire produire des intérêts aux intérêts eux-mêmes. Au taux de douze pour cent, l'anatocisme double le capital en moins de huit ans; les débiteurs peuvent donc être ruinés très-rapidement par la puissance de cette stipulation. Un sénatus-consulte du temps de Cicéron défendit de stipuler l'intérêt de l'intérêt, et les constitutions impériales renouvelèrent souvent cette prohibition. Dioclétien, entre autres, nota d'infamie ceux qui reçoivent l'anatocisme (2). Mais les prêteurs éludaient sans cesse la loi, soit en supposant un nouveau contrat, dans lequel les intérêts figuraient comme capital, soit en exigeant des gages qu'ils retenaient jusqu'au payement des intérêts illicitement stipulés.

Justinien défendit encore l'anatocisme sous toutes ses formes : « Ut nullo modo usuræ usurarum a debitoribus exigantur (3). » Mais il est probable que les besoins des débiteurs, joints à l'avidité des prêteurs, amenèrent à violer cette loi, comme on avait violé les lois anciennes.

Quand payait-on les intérêts.

Les intérêts étaient ordinairement payables aux calendes de chaque mois; de là l'expression de *durissimæ kalendæ;* et le mot *kalendarium* pour indiquer le registre sur lequel on mentionnait les créances productives d'intérêt (4).

Quelquefois, on convenait que les intérêts seraient payés tous les ans; c'était un point laissé à la convention des parties.

Capacité pour faire le prêt à intérêt.

En principe, la capacité pour prêter ou emprunter à intérêt était celle qu'on exigeait pour le *mutuum* ordinaire; cependant elle était soumise à quelques règles particulières.

Ainsi, les gouverneurs de province et les officiers attachés à leur service ne pouvaient pas prêter à intérêt, faire le commerce de l'argent dans toute l'étendue de leur juridiction; mais ils pouvaient emprunter (5). Les sénateurs furent également incapables pendant

(1) F. 31, 37, *de usuris*. D. 22, 1. = (2) F. 27, *de re judicata*. D. 42, 1. — L. 20, Cod., *ex quib. causis infamia*, 2, 12. = (3) L. 28, Cod., *de usuris*, 4, 32. — Cf. Cod. Nap., art. 1154. = (4) F. 40, *de rebus credit*. D. 12, 1. — F. 9, § 7, *de administrat. rerum pertinent*. D. 50, 8. — F. 39, § 8, 14, *de administrat. tut*. D. 26, 7. — L. 3, Cod., *de compensat*., 4, 31. = (5) F. 33-34, *de rebus creditis*. D. 42, 1.

longtemps de stipuler des *usuræ*, mais Arcadius leur permit de le faire *usque ad semissem centesimæ*, six pour cent (1). Enfin, le célèbre sénatus-consulte Macédonien avait déclaré que les fils de famille ne seraient pas tenus de rembourser les sommes d'argent qu'ils auraient empruntées, soit avec, soit sans intérêt.

Les Institutes mentionnent le principe du sénatus-consulte Macédonien. *Du sénatus-consulte Macédonien.*

§ 7. Illud proprie servatur in eorum persona, quod senatusconsultum Macedonianum prohibuit, mutuas pecunias dari eis, qui in parentis erunt potestate; et ei, qui crediderit, denegatur actio, tam adversus ipsum filium filiamve nepotem neptemve (sive adhuc in potestate sunt, sive morte parentis vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint), quam adversus patrem avumve, sive habeat eos adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

Il y a une règle particulière pour ceux qui sont en puissance de leurs ascendants, et auxquels le sénatus-consulte Macédonien défend de prêter de l'argent à intérêt. Il refuse toute action à celui qui a prêté, aussi bien contre le fils, la fille, le petit-fils ou la petite-fille (qu'ils soient encore en puissance ou émancipés), que contre le père ou l'aïeul qui les a sous sa puissance ou qui a fait l'émancipation. Le sénat a pris cette décision parce que souvent les enfants, accablés par les dettes d'argent qu'ils dissipaient follement, attentaient à la vie de leurs parents. Instit., l. III, tit. VII.

Ce sénatus-consulte n'établit donc pas, à proprement parler, une incapacité d'emprunter; seulement il refuse toute action au créancier. Son caractère.

Tacite place le sénatus-consulte Macédonien sous le règne de Claude : « Et lege lata sævitiam creditorum coercuit, ne in mor- « tem parentum pecunia filiis familiarum fænori darent (2). » (An de Rome 779.) Sa date. Sous Claude.

Suétone fait remonter à Vespasien seulement cette mesure prohibitive. On concilie les deux assertions en disant que ce dernier empereur n'avait fait que renouveler la défense de prêter aux fils de famille.

Quant au nom du sénatus-consulte, en lui-même, il y a une petite difficulté historique. Des auteurs, comme M. Hugo, pensent qu'il vient d'un fils de famille, Macedo, qui avait tué son père, pour payer ses dettes avec les biens composant la succession; c'est ce que dit formellement Théophile dans sa paraphrase. Ulpien semble, au contraire, faire entendre que Macedo était un fameux usurier qui prêtait de l'argent aux fils de famille; c'est l'avis que préfèrent Bach et d'autres historiens (3). D'où vient le nom du sénatus-consulte.

Quoi qu'il en soit, l'action en remboursement était refusée au prêteur et à ses héritiers, quand le *mutuum* avait été fait à un fils de famille. On entendait par cette expression toutes les personnes Dispositions du sénatus-consulte.

(1) L. 4, Cod Theod., *de usuris*, 2, 33. = (2) Tacite, *Annales*, liv. XI, ch. XIII. = (3) F. 1, pr., *de sc. Macedoniano*. D. 14, 6.

qui étaient immédiatement ou médiatement sous la puissance paternelle (1); mais le sénatus-consulte n'était pas applicable aux biens dont ils avaient la libre disposition, comme les pécules castrans et quasi-castrans.

La prohibition ne portait que sur le *mutuum* d'argent monnayé, parce que c'est le contrat usité avec les usuriers : « Ait enim senatus « *mutuam pecuniam dedisset.* » Pour tous les autres emprunts faits par un fils de famille, on appliquait les règles ordinaires, à moins qu'on n'eût caché un prêt d'argent sous une autre forme : « Sed si « fraus sit senatusconsulto adhibita, puta frumento... ut his dis« tractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filiofami« lias (2). »

Le père de famille peut ratifier l'emprunt.

Rien n'empêchait le père de famille de ratifier expressément l'emprunt du fils. On considérait même comme une ratification tacite une constitution de gage, ou un payement fait sans opposer le bénéfice du sénatus-consulte. La ratification ne pouvait pas émaner du fils seul, tant qu'il était *in potestate*, et le chef de famille aurait pu reprendre, *condicere quasi indebitum*, les sommes payées sans son autorisation (3). Le refus d'action établi par le sénatus-consulte recevait quelques exceptions amenées par l'équité : 1° l'emprunt était valable quand il y avait eu consentement du chef de famille, on ne supposait plus que le contrat eût un caractère usuraire; 2° quand l'argent avait été employé dans l'intérêt du père, l'action prenait le caractère *de in rem verso* jusqu'à concurrence de l'avantage retiré; 3° la jurisprudence avait admis que le fils absent du domicile paternel, « studiorum vel legationis causa, » pourrait, en cas de nécessité, emprunter valablement de l'argent, mais dans des limites raisonnables : « Eam quantitatem quam pater solebat submi« nistrare; » 4° si le prêteur avait eu de justes raisons pour croire qu'il traitait avec un chef de famille : « quia publice paterfamilias « plerisque videbatur, » le sénatus-consulte n'était plus applicable (4).

Exceptions au sénatus-consulte.

Lorsque le prêteur était chef de famille, majeur de vingt-cinq ans, les principes du sénatus-consulte ne faisaient naître aucune difficulté de droit, mais il en était autrement dans quelques hypothèses.

Cas où il y avait *restitutio in integrum*.

Que fallait-il décider quand le fils de famille avait emprunté à un impubère? S'il n'y avait pas eu *auctoritas tutoris*, le prêteur reprenait son argent, le *mutuum* n'existait pas; si l'*auctoritas* avait eu lieu, le droit honoraire donnait cependant la *restitutio in integrum*

(1) F. 9, § 2. — F. 14, *de sc. Macedoniano*. D. 14, 6. — L. 6, § 1, *ad sc. Macedonianum*, 4, 28. = (2) F. 7, § 3, *de sc. Macedoniano*. D. 14, 6. = (3) F. 7, § 15-16. — F. 9, pr, § 1, 5. — F. 10, *de sc. Macedoniano*. D. 14, 6. = (4) F. 12, 7. § 12-13. — F. 3, 19, *de sc. Macedoniano*. D. 14, 6. — L. 1, 2, 4, 7, Cod., *ad sc. Macedonianum*, 4, 28.

à l'impubère créancier. Ici la faveur de l'âge l'emportait sur les règles du sénatus-consulte; s'il y avait minorité des deux parties, prêteur et emprunteur, on disait : « Melior est causa consumentis, « nisi locupletior ex hoc inveniatur *litis contestatæ tempore*, is qui « accepit (1); » la position la plus avantageuse est celle de l'emprunteur qui a consommé l'argent, à moins qu'il ne se trouve être plus riche au moment de la *litis contestatio*. Enfin, si le prêt était fait par un fils de famille, bien qu'il eût la *libera peculii administratio*, le père pouvait revendiquer les pièces de monnaie remises à l'emprunteur; car, dit Ulpien, on ne confie pas le pécule au fils pour qu'il le perde (2).

Cas où les deux parties étaient mineures.

Le *mutuum* prenait quelquefois, à Rome, un caractère tout à fait aléatoire, c'était quand il y avait NAUTICUM FŒNUS, prêt maritime.

Nauticum fœnus.

Dans cette convention, le prêteur remettait à l'emprunteur une somme qui devait être employée à une expédition maritime, avec cette condition que si le navire périssait, la créance serait perdue, mais que s'il arrivait à bon port, on devrait lui rendre, outre son capital, un intérêt déterminé.

L'élément naturel du *nauticum fœnus* se trouve dans la chance de perte courue par le créancier; si elle n'existait pas, on rentrerait dans les règles ordinaires du *mutuum* (3). L'argent exposé était appelé *trajectitia pecunia*; le prêt pouvait avoir lieu, soit pour l'armement d'un navire, soit pour acheter des marchandises destinées à être transportées au delà des mers (4). Il est évident que le *nauticum fœnus* devait être le résultat d'une convention formelle; on ne le présumait jamais

L'élément du *nauticum fœnus* se trouve dans la chance de perte.

Le prêteur ne pouvait rien réclamer s'il y avait eu naufrage du navire ou perte des marchandises par un accident de mer. Les risques commençaient à partir du jour où le navire appareillait, et duraient, soit pendant le voyage, soit pendant tout le temps convenu (5). Mais, si la perte du capital arrivait par la faute du débiteur, la créance n'était pas éteinte, par exemple, si le navire avait été saisi pour fait de contrebande (6).

Quand commencent les risques; leur durée.

Les risques considérables auxquels était soumis le créancier avaient fait admettre des règles particulières pour le *nauticum fœnus* : 1° on pouvait fixer l'intérêt à un taux très-considérable; la limite de la *centesima usura* n'était plus applicable. On ajoutait aussi ordinairement une clause pénale pour le cas où le remboursement ne serait pas fait au jour indiqué. Mais, dès que le navire était

Le taux est illimité.

(1) F. 3, § 2, *de sc. Macedoniano*. D. 14, 6. — F. 11, § 7. — F. 34, *de minorib*. D. 4-4. = (2) F. 3, § 2, *de sc. Macedoniano*. D. 14, 6. = (3) L. 2, Cod., *de nautico fœnore*, 4, 33. = (4) F. 1, *de nautico fœnore*. D. 22, 2. = (5) F. 3, *de nautico fœnore*. D. 22, 2. — F. 122, § 1, *de verbor. obligat*. D. 45, 1. = (6) L. 3, Cod., *de nautico fœnore*, 4, 33.

Justinien le limite à 12 pour 100.

arrivé, les risques cessant, l'intérêt redescendait au taux légal. Justinien déclara que le *nauticum fœnus* ne pourrait jamais dépasser douze pour cent (1). 2° Les parties n'avaient pas besoin d'employer la stipulation pour faire naître l'obligation d'intérêts dans le *nauticum fœnus*; la simple convention suffisait; il y avait pacte légitime (2).

Extension des principes du *nauticum fœnus*

On avait étendu les mêmes principes au prêt fait à un athlète, pour qu'il pût se préparer à figurer dans l'arène. On convenait que s'il était vainqueur, il rendrait le capital avec un profit; que si, au contraire, il était vaincu, le prêteur perdrait sa créance (3).

DEUXIÈME CONTRAT RE. — LE COMMODAT.

Instit., l. III, tit. XIV.

§ 2. Is, cui res aliqua utenda datur; id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat: namque non ita res datur, ut ejus fiat; et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuitu casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem *exactam diligentiam* custodiendæ rei præstare jubetur, *nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus* adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus culpa is casus intervenerit: alioquin, si id, quod tibi commodatum est, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intellegitur, *si nulla mercede accepta* vel constituta, res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur: *gratuitum* enim debet esse commodatum.

Celui auquel on remet une chose pour s'en servir, c'est-à-dire à qui on la prête, est obligé par la tradition et soumis à l'action du commodat. Cette personne diffère entièrement de celle qui a reçu un *mutuum*, car on ne remet pas la chose pour en transférer la propriété, et on doit rendre précisément ce qu'on a reçu. Puis, si celui qui a fait le *mutuum* perd la chose reçue par un cas fortuit, comme un incendie, l'écroulement d'une maison, un naufrage, une incursion des ennemis ou des brigands, il reste obligé. Au contraire, si le commodataire doit déployer une grande diligence pour garder la chose, et se montrer plus vigilant que pour ses propres affaires, dans le cas où un homme plus attentif aurait pu la sauver, cependant il ne répond pas du cas fortuit et de la force majeure, à moins qu'il ne soit en faute. En effet, si vous avez emporté avec vous, en voyage, une chose prêtée, et que vous l'ayez perdue par la violence des brigands et des ennemis, ou dans un naufrage, sans aucun doute vous serez tenu de la payer. Il y a réellement commodat quand on a remis l'usage de la chose sans recevoir ou sans faire promettre aucune indemnité. Autrement, s'il y avait une somme à payer, ce serait un louage: le commodat doit être gratuit.

Définition.

Le commodat est un contrat à titre gratuit, par lequel on remet une chose à une personne, avec le droit de s'en servir, mais à la condition de la rendre elle-même à une époque déterminée.

(1) F. 4, 9, *de nautico fœnore*. D. 22, 2.—Paul. Sent., liv. II, tit. XIV, § 3.—L. 26, Cod., *de usuris*, 4, 32.—Nov. CVI, CX = (2) F. 5, § 1, *de nautico fœnore*. D. 22, 2. = (3) F. 5, *de nautico fœnore*. D. 22, 2.

Il y a seulement remise de la possession; d'où il résulte qu'il n'est pas nécessaire d'être propriétaire pour faire le commodat; le voleur lui-même peut *commodare rem alienam* (1).

Personnes qui peuvent faire le commodat.

Pour prêter, il suffit d'être capable de s'engager : le commodant incapable pourrait reprendre, quand bon lui semblerait, la chose remise; le commodataire qui n'aurait pas la capacité nécessaire ne serait tenu que jusqu'à concurrence de l'avantage retiré du contrat, « quatenus locupletior factus fuerit. » Ainsi, Ulpien pense qu'on devra donner l'action *utile* de commodat contre le pupille devenu plus riche (2).

Choses qui font l'objet du commodat.

Suivant l'opinion dominante chez les jurisconsultes romains, le commodat ne pouvait avoir lieu que pour les meubles; quant aux choses immobilières, on disait qu'il y avait *usus*. Enfin, comme on doit rendre en nature l'objet prêté, il en résulte que le commodat ne peut pas s'appliquer aux denrées *quæ ipso usu consumuntur*; à moins cependant que l'usage projeté ne consiste uniquement à faire une exhibition de la chose : ainsi des fruits qu'on veut seulement faire figurer sur une table, des pièces d'argent destinées à paraître dans un payement fictif, etc. On dit alors que le commodat à lieu « ad pompam et ostentationem (3). » Ce contrat n'est pas soumis à des formes particulières; il suffit de faire la tradition, soit effective, soit *brevi manu*, etc.

Effets pour le commodataire.

Le commodataire peut employer la chose prêtée à l'usage que les parties ont eu en vue; et s'il arrive, dans cette limite, qu'elle éprouve une détérioration, il n'est pas dû d'indemnité au propriétaire (4). Mais, par contre, il ne faut pas s'écarter des termes de la convention, car on considérerait alors l'emprunteur comme faisant un vol de l'usage (5). Si, par exemple, on montait un cheval prêté pour être mis à la voiture.

En principe, le commodataire doit apporter à la conservation de la chose beaucoup de vigilance; on dit qu'il est tenu de « præstare « culpam, diligentiam et custodiam (6), qualem quisque diligentis« simus paterfamilias suis rebus adhibet. » Mais, nous savons comment le degré de responsabilité est moins élevé, à mesure que le prêteur est plus intéressé au contrat; de telle sorte que si on peut considérer l'acte comme profitant exclusivement au commodant, l'emprunteur sera tenu seulement de son dol, ou de la faute grave, *quæ dolo æquiparatur* (7).

Responsabilité du cas fortuit.

Le cas fortuit reste à la charge du propriétaire, à moins que la

(1) F. 15-16, *commod.* D. 13, 6. = (2) F. 2-3. *commod.* D. 13, 6. = (3) F. 1, § 1. — F. 3, § 6, *commod.* D. 13, 6. = (4) F. 23, *commod.* D. 13, 6. = (5) F. 5, § 8, *commod.* D. 13, 6. — Instit. liv. IV, tit. 1, § 8. = (6) F. 5, § 15, *commod.* D. 13, 6. = (7) F. 5, § 10, *commod.* D. 13, 6.



chose prêtée n'y ait été exposée par la faute du commodataire; si, dit le texte des Institutes, on a emporté en voyage la chose prêtée; ou bien, suivant Ulpien, si on a mené au combat un cheval prêté pour aller à la campagne. Il en était de même quand, dans un événement malheureux, comme un incendie, le commodataire avait préféré sauver sa chose en laissant périr l'objet prêté; il devait alors indemniser le propriétaire de la perte éprouvée. Remarquons, enfin, que l'estimation, faite au moment du contrat, avait pour résultat de rendre l'emprunteur responsable même du cas fortuit (1).

Actio commodati directa.

A l'échéance du terme convenu, la chose doit être rendue; le propriétaire a, pour la reprendre, l'action en revendication; l'indemnité, dans le cas de perte ou de détérioration imputable, sera réclamée par une action de bonne foi intentée contre le commodataire, et appelée *actio commodati directa*.

Effets pour le commodant.

Celui qui a prêté est tenu de laisser la chose entre les mains de l'emprunteur pendant tout le temps convenu; il doit payer une indemnité, s'il a sciemment remis des objets pouvant occasionner un dommage à l'emprunteur : ainsi, *tigna vitiosa*, des bois de mauvaise qualité, quand il savait qu'ils devaient être employés comme étais; ainsi, *vasa vitiosa*, des vases qui ont un vice, de telle sorte que les liquides qui y ont été renfermés se sont écoulés ou ont été gâtés (2). Enfin, si le commodataire a fait des dépenses pour la conservation de la chose, il faudra les lui rembourser. Dans tous ces cas, on emploie l'action *commodati contraria*. L'emprunteur pouvait également retenir la chose jusqu'au payement des indemnités auxquelles il avait droit, et opposer la compensation; mais Dioclétien lui enleva cette prérogative (3).

Action *commodati contraria.*

DU PRÉCAIRE.

Définition du précaire.

Les jurisconsultes romains mentionnent une institution, le précaire, qui présente la plus grande analogie avec le commodat. Ulpien en donne la définition que voici : « Precarium est quod precibus « *petenti* utendum conceditur, tamdiu quamdiu is qui concessit « patitur (4). » Il y a précaire lorsque, sur la prière d'une personne, on lui livre un objet, pour en jouir tant que cela plaira à celui qui accorde la demande.

Il semblerait donc qu'il faut une demande et une concession formelles. Paul ne partage pas cet avis : « Precario possidere videtur, « non tantum qui per epistolam vel quacumque alia ratione hoc sibi

(1) F. 3, § 3-4, *commod.* D. 13, 6. = (2) F. 17, § 3. — F. 18, § 3, *commod.* D. 13, 6. = (3) F. 18, § 4, *commod.* D. 13, 6. — F. 15, § 2. — F. 59, *de furtis.* D. 47, 2. — L. 4. Cod., *de commod.*, 4, 23. = (4) F. 1, *de precario.* D. 43, 26.

« concedi postulavit, sed et is qui nullo voluntatis indicio, *patiente* « tamen domino, possidet(1). » On regarde comme possédant à précaire, non-seulement celui qui a demandé cette permission par lettre ou autrement, mais encore celui qui détient la chose par tolérance du propriétaire, qui n'a manifesté aucune volonté.

Origine du précaire.

M. de Savigny pense, d'après Niebühr, que le *precarium* a pris naissance à l'occasion de l'*ager publicus*. Les patriciens, qui monopolisaient les concessions, faisaient à leurs clients des sous-concessions révocables à volonté. Or, comme l'action civile était impossible entre le client et le patron, les préteurs créèrent, pour faire respecter le droit de révocation, l'interdit *de precario*. Avec le temps, cette institution devint générale, parce qu'elle offrait l'avantage de pouvoir transférer la possession, en permettant cependant de la reprendre à volonté (2).

La majorité des auteurs n'admet pas que le précaire ait une origine exclusivement patricienne. Cette convention a dû prendre naissance pour faciliter des relations plus usuelles que les concessions de l'*ager publicus*, et on pense qu'il faut surtout la rattacher à la constitution du gage. Quand le débiteur avait transféré la propriété du *pignus* et fait le contrat de fiducie, il demandait à rester en possession comme détenteur précaire, c'est-à-dire pouvant être contraint à rendre la chose quand le créancier l'exigerait (3). Il est également probable qu'on se servait du précaire dans le cas de vente à terme. Le vendeur non payé remettait la chose à l'acheteur, comme un simple précaire, jusqu'à ce que le payement eût été effectué. Alors, à l'aide d'une tradition *brevi manu*, la possession précaire se changeait en possession *cum animo domini* (4). Il est difficile de se prononcer nettement pour l'un ou l'autre avis, cependant, nous pensons que le dernier présente plus de probabilités.

Analogies et différences du précaire et du commodat.

Quoi qu'il en soit, le *precarium* avait de l'analogie avec le commodat, puisqu'il avait pour objet la transmission *gratuite* de l'usage d'une chose, mais il en différait sous d'autres points de vue : 1° il s'appliquait sans difficulté aux immeubles, ou même aux droits incorporels, comme les servitudes, ce qui n'avait pas lieu pour le commodat; 2° le commandataire est, vis-à-vis des tiers, un simple détenteur; si on lui enlève la chose, il ne peut pas aller la réclamer lui-même, il lui faut l'aide ou le mandat du propriétaire; au contraire, dans le *precarium*, on possède, et on a l'interdit *uti possidetis* contre les tiers qui se sont emparés de la chose (5); 3° le commodant est obligé de respecter le terme fixé dans le contrat; le

(1) Paul. Sent., liv. V, tit. VI, § 11 = (2) V. Savigny, *de la Possess.*, § 62. = (3) F. 6, § 4. *de precario*. D. 43, 26. = (4) F. 20, *de precario*. D. 43, 26. = (5) F. 4, § 1. — F. 17, *de precario*. D. 43, 26.

concédant à précaire reprend la chose quand il le veut; 4° de cette faculté de révocation, on avait tiré une conséquence importante pour la prestation des fautes : le détenteur à précaire ne répond que de son dol et de la faute grave, c'est au maître à surveiller l'administration et à la faire cesser si elle devient dangereuse; nous savons que dans le commodat la responsabilité est ordinairement très-rigoureuse (1); 5° enfin, le précaire, n'étant pas un contrat, ne donnait pas naissance à une action civile, comme le commodat; les préteurs avaient seulement accordé l'interdit *de precario* au concédant, pour reprendre la possession; ils y ajoutèrent plus tard une *condictio incerti*, et enfin le droit d'employer l'action *in factum præscriptis verbis* (2).

Le précaire n'est pas soumis à des formes spéciales.

La convention de précaire n'était soumise à aucune forme spéciale; elle pouvait avoir lieu, *inter absentes, per epistolam*; il fallait avoir, pour la faire, la capacité ordinairement nécessaire aux personnes qui contractent.

Comment finit le précaire.

Le précaire finit par la révocation venant du concédant, mais le détenteur peut retenir la chose jusqu'au remboursement des sommes qu'il a dépensées pour la conserver. Après la restitution, il pourrait agir, soit par l'action de gestion d'affaires, soit par l'action *in factum præscriptis verbis*.

Remarquons, enfin, que la mort du concessionnaire faisait cesser la concession; le droit était personnel et ne passait pas aux héritiers (3).

TROISIÈME CONTRAT RE. — LE DÉPOT.

§ 3. Præterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpæ autem nomine, id est desidiæ atque negligentiæ, non tenetur : itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia, qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id imputare debet.

En outre, celui chez lequel on dépose une chose est tenu par la tradition, et on a l'action de dépôt; il doit en effet rendre la chose déposée. Mais il n'est responsable que de son dol; on ne peut pas le poursuivre pour sa faute, c'est-à-dire pour sa négligence. Donc le dépositaire est en sûreté s'il a gardé la chose avec peu de vigilance, et qu'elle ait été volée, parce que le déposant doit s'imputer à lui-même d'avoir donné la chose à garder à un ami négligent.

Le dépôt est défini par Ulpien : « Depositum est quod custodiendum alicui datum est (4). » Le dépôt est la remise d'une chose à quelqu'un pour la garder.

Les Romains avaient reconnu deux espèces de dépôt : 1° le dépôt volontaire; 2° le dépôt nécessaire, appelé *depositum miserabile*.

(1) F. 8, § 3, 6, *de precario*. D. 43, 6. = (2) F. 14, 19, § 2, *de precario*. D. 43, 26. = (3) F. 12, § 1, *de precario*. D. 43, 26. = (4) F. 1, *depositi*. D. 16, 3.

A. *Dépôt volontaire.*

Caractère du dépôt volontaire.

Il s'agit ici du dépôt fait sans qu'on y soit obligé par des circonstances impérieuses. On remet volontairement certaines choses à un tiers, qui s'engage à les conserver et à les rendre; on peut donc choisir le dépositaire.

Le dépôt n'a lieu que pour les choses mobilières: si on confie à un tiers la garde d'un immeuble, on rentre dans le mandat.

La gratuité est l'élément naturel du dépôt; si celui qui reçoit la chose en garde stipule une récompense en argent ou autrement, il y a louage, ou bien le contrat innommé : « Facio ut des (1). »

Obligations du dépositaire.

Le dépositaire est tenu de conserver la chose et de la rendre au déposant sur sa première réquisition, quand même il y aurait eu convention contraire. Cependant si l'objet avait été déposé par celui qui n'en était pas propriétaire, et que le véritable maître vînt le réclamer, Typhoninus pense que ce dernier devrait triompher dans sa prétention (2).

La responsabilité du dépositaire est limitée au dol et à la *culpa lata*, parce que, dit-on, le contrat est tout dans l'intérêt du déposant (3). Il en est autrement si le dépositaire a formellement promis de *præstare culpam*, ou bien s'il est venu de lui-même s'offrir au dépôt; alors on exige qu'il réponde de la faute légère poussée jusqu'à la *custodia* (4).

Il est interdit au dépositaire de se servir des choses qu'on lui a remises, s'il n'a pas la permission expresse ou tacite du déposant; quand il viole cette défense, il est poursuivi, et par l'action de vol, et par l'action de dépôt (5).

Dans le cas de dol, on agit par l'action *depositi directa*, qui a pour résultat de faire noter d'infamie le condamné. Paul ajoute que suivant les douze Tables, l'action de dépôt était au double, mais que l'édit du préteur l'avait réduite au simple (6). Quand il y avait plusieurs dépositaires, il étaient tous tenus *in solidum*.

Condition du déposant.

Le déposant conserve la propriété et la possession civile de la chose déposée; il exerce toutes les actions qui s'y rattachent. Il doit rembourser au dépositaire toutes les dépenses faites pour la conservation de la chose, et tous les dommages éprouvés à l'occasion du dépôt. Pour le contraindre à accomplir cette obligation, on a contre lui l'action *depositi contraria* (7). Justinien déclare qu'on ne pourra opposer la compensation ni exercer le droit de rétention en matière de dépôt.

(1) F. 1, § 8, *depositi*. D. 16, 3. = (2) F. 1, § 22. — F. 31, § 1, *depositi*. D. 16, 3. = (3) F. 1, § 47, *depositi*. D. 16, 3. — D. 1, § 5, *de obligat. et act.* D. 44, 7. = (4) F. 1, § 6, 35, *depositi*. D. 6, 3. = (5) F. 29, *depositi*. D. 16, 3 = (6) L. 10, Cod., *depositi*, 4, 34. — *Collat. legum Mosaic.*, tit. X, ch. VII, § 11. = (7) F. 5, pr, *depositi*. D. 16, 3. — L. 11, Cod., *depositi*, 4, 34.

B. *Dépôt nécessaire.*

Cas du *depositum miserabile*. Le *depositum miserabile* avait lieu dans les cas de naufrage, d'incendie, de tumulte. Les préteurs avaient pensé qu'il fallait exiger alors plus de garanties de la part du dépositaire; ils décidèrent, en conséquence, qu'il serait tenu *in duplum* : « Depositi actio nonnun- « quam in duplum competit, scilicet si ruinæ, vel naufragii, vel incen- « dii, aut tumultus causa res deponatur (1). » Sauf cette différence dans le taux de l'action, les principes sur la responsabilité du dépositaire et du déposant sont les mêmes que dans le dépôt volontaire.

Condamnation au double.

Du séquestre. Dépôt des choses litigieuses. Quelquefois le dépôt prend un autre caractère. Quand il y a contestation sur la propriété ou la possession d'une chose, on peut la remettre jusqu'à la solution du procès entre les mains d'un tiers désintéressé appelé *sequester*. « Nam tum id fit, cum aliqua res in con- « troversiam deducitur. » Le séquestre peut être volontaire de la part des contendants ou ordonné par le magistrat (2). Chaque partie est censée avoir fait le dépôt pour le tout; mais il faut remarquer que la possession civile passe au séquestre; il devient le représentant légal de celui qui sera déclaré propriétaire dans la suite.

La séquestre à la possession.

Pour quelles choses on établit le séquestre; ses droits, ses obligations. Le séquestre ne pouvait être exigé que pour les corps certains, et non pour les créances de choses fongibles, parce qu'il faut établir la créance avant de demander le dépôt de ce qui en fait l'objet, et alors il y a lieu au payement (3).

Le séquestre n'était pas nécessairement gratuit; d'où il faut conclure que la responsabilité devait être plus rigoureuse quand on recevait des honoraires (4). On avait dans ce cas l'action *depositi sequestraria*, et suivant quelques auteurs, l'action *in factum præscriptis verbis*. La personne qui avait accepté le séquestre ne pouvait revenir sur son engagement que pour des causes graves; elle devait alors convoquer les déposants devant le préteur, pour qu'ils eussent à aviser aux mesures à prendre (5).

QUATRIÈME CONTRAT RE. — LE GAGE.

Sommaire. — 1. *Le gage sert à éviter la contribution avec d'autres créanciers.* — 2. *Autrefois on le constituait par mancipation.* — 3. *Plus tard on remit seulement la possession.* — 3. *Droits et obligations résultant du gage.*

Quand une personne a plusieurs créanciers et que son patrimoine ne suffit pas pour les désintéresser tous, il faut arriver à une contri-

(1) *Collat. legum Mosaïc.*, tit. X, ch. II, § 7. — F. 18, *depositi*. D. 16, 3. = (2) F. 17, *depositi*. D. 16, 3. — F. 110, *de verbor. signif.* D. 50, 16. = (3) L. 1, Cod., *de prohibita sequestrat.*, 4-4. = (4) Arg. F. 1, § 5, *de obligat. et act.* D. 44, 7. = (5) F. 5, § 2, *depositi*. D. 16, 3. — Pour les cas de séquestre, V. F. 7, § 2, *qui satisdare*. D. 2, 8. — F. 22, § 8, *soluto matrimonio*. D. 24, 3. — F. 5, § 6, *de liber. exhib.* D. 43, 30. — F. 5. § 1, *ut legat.* D. 36, 3. — F. 21, § 3, *de appellat.* D. 49, 1. — L. 7, Cod, *de ordine cognit.*, 7, 19.

bution proportionnelle. Chacun des créanciers reçoit un dividende au marc le franc, car il n'y a pas de raison pour payer une dette plutôt que l'autre. Dans le langage moderne, on appelle ceux qui viennent ainsi au partage du produit des biens, créanciers simples ou chirographaires. Condition des créanciers chirographaires.

Mais il arrive souvent que le créancier ne veut pas courir cette chance de contribution; il veut être sûr d'obtenir plus tard un payement intégral. Pour arriver à ce résultat, on employait en droit romain, comme en droit français, certains moyens juridiques appelés *cautiones*, garanties, sûretés accessoires.

Ces sûretés consistent, tantôt à faire intervenir des tiers qui promettent de payer si le débiteur ne le fait pas, tantôt à affecter exclusivement une chose au payement de la dette. Dans le premier cas, on dit qu'il y a sûreté accessoire *personnelle*, ordinairement appelée fidéjussion; dans le second cas, il y a sûreté accessoire réelle, ordinairement appelée gage (1).

Comme notion générale, le gage est donc l'affectation d'une chose spéciale au payement d'un dette déterminée. Notion du gage.

Le gage à subi diverses transformations dans la législation romaine.

Chez les anciens Romains, la constitution du gage consistait à transférer au créancier la propriété de la chose destinée à assurer le payement. On mancipait ou on livrait l'objet suivant sa nature, mais en faisant un contrat de fiducie par lequel le créancier s'engageait à rendre la chose s'il était payé à l'échéance. Mancipation ou tradition *contracta fiducia*.

Ce mode était encore employé quelquefois au temps de Gaïus et de Paul (2). Le créancier, propriétaire du gage, le gardait ou le vendait si on ne payait pas; du reste, quand le prix ne suffisait pas pour le désintéresser, il avait une action supplémentaire contre le débiteur.

Ce moyen, très-efficace pour le créancier, présentait de graves inconvénients pour les débiteurs. Il pouvait arriver que celui auquel on avait transféré la propriété vendît le gage sans attendre l'échéance du terme fixé pour le payement : cette vente étant valable, le débiteur n'aurait eu qu'une action en indemnité contre son créancier; or, il pouvait préférer la chose à une somme d'argent. En second lieu, le créancier pouvait refuser de revendre le gage, ou bien il pouvait être devenu incapable de le faire, par exemple dans le cas de folie ou d'interdiction. On avait bien établi l'*usureceptio* pour obvier à ces derniers inconvénient, mais outre qu'il pouvait être difficile de reprendre la possession, il était désagréable d'avoir Inconvénients de la translation de propriété.

(1) F. 188, § 1, *de verbor. signif.* D. 50, 16. = (2) G. C. II, § 60. — Paul. Sent., liv. II, tit. XIII, § 1 à 7.

à attendre un an avant de redevenir propriétaires *ex jure Quiritium*.

La mancipation est remplacée par la remise de la possession, *pignus*.

A une époque inconnue, on remplaça la fiducie par le gage proprement dit, acte qui consiste à remettre au créancier, non plus la propriété, mais seulement la possession d'une chose déterminée qu'il rendra lors du payement. C'est de cette forme du gage que s'occupent les Institutes.

Instit., l. III, tit. XIV.

§ 4. Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione *pigneratitia*. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si præstiterit, et aliquo fortuitu casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

Le créancier qui a reçu un gage est tenu par la tradition, car on a l'action *pigneratitia* pour le forcer à rendre ce qu'il a reçu. Mais comme le gage est dans l'intérêt des deux parties, du débiteur, parce qu'on lui prête plus facilement, du créancier, parce que son payement est plus sûr, on a pensé qu'il suffisait d'apporter à la garde de la chose une vigilance raisonnable. Que si on l'a fait, et que la chose ait péri par cas fortuit, on n'est pas responsable, et on peut demander néanmoins le payement de la créance.

Gaïus donne l'étymologie suivante du mot *pignus* : « Appellatum « est a pugno, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur. Unde « etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus pro- « prie rei mobilis constitui (1). » *Pignus* vient de *pugnum* (poing), parce qu'on livre avec la main les choses données en gage; d'où on peut regarder comme vraie l'opinion de ceux qui pensent que le gage, à proprement parler, ne peut être établi que sur des meubles.

Il n'y avait pas de formes particulières pour constituer le gage, il suffisait de faire une tradition effective ou *brevi manu*. Nous devons remarquer cependant que, dans certains cas, le droit de gage résultait du jugement, alors celui qui avait gagné le procès pouvait prendre la chose *manu militari*. Le testateur avait aussi le droit d'établir un gage, en ce sens, qu'il imposait à son héritier la nécessité de faire la tradition (2).

Dettes pour lesquelles on peut constituer un gage.

On peut affecter un gage à la sûreté de toute obligation, civile, prétorienne ou naturelle; actuelle, future ou conditionnelle; seulement, dans ce dernier cas, le gage ne vaudra que lors de la réalisation de la condition. Rien n'empêche de donner un gage pour la dette d'autrui; mais il est évident que le contrat ne peut pas intervenir à l'occasion d'une convention immorale ou illicite (3).

Qui peut donner un gage.

Le gage n'est valablement livré que par les personnes capables d'aliéner et qui ont la chose *in bonis* au moment de la convention;

(1) F. 238, § 2, *de verbor. signif.* D. 50, 16. = (2) F. 26, pr., § 1, *de pigner. act.* D. 13, 7. — F. 3, § 1, *de rebus eorum.* D. 27, 9. = (3) F. 9, § 1, *de pigner. act.* D. 13, 7. — F. 5, § 2, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1.

cependant le fils de famille et l'esclave auxquels on avait remis la *libera peculii administratio* pouvaient l'engager. Celui qui remettait sciemment au créancier, à titre de gage, une chose qui ne lui appartenait pas, était coupable de stellionat, et puni *extra ordinem*. Pour les gens peu élevés en dignité, la peine pouvait aller jusqu'à la condamnation aux mines, pour les autres, jusqu'à la rélégation temporaire (1). Mais cette règle n'était pas applicable à la personne *in causa usucapiendi*, qui pouvait invoquer l'action publicienne.

Cas du stellionat.

On peut donner en gage tous les objets qui sont dans le commerce et qui peuvent être vendus ou achetés; cela s'appliquait même à une créance: dans ce cas, le créancier gagiste allait se faire payer comme *procurator* par le débiteur de son propre débiteur (2), et il gardait les sommes reçues. Sous les empereurs Constantin, Honorius et Théodose, on défendit de prendre en gage les esclaves, les animaux et les instruments employés à l'agriculture (3).

Choses qu'on ne peut donner en gage.

La constitution de gage fait naître pour le créancier des droits et des obligations.

Effets de la constitution du gage.

A. *Des droits.*

Le gagiste a la possession civile; si donc la chose lui avait été enlevée, il pouvait se la faire rendre à l'aide des interdits (4).

Vis-à-vis du débiteur, le créancier n'avait dans l'origine qu'un simple droit de rétention; on voulait éviter pour l'avenir les ventes opérées trop légèrement, à l'époque où on faisait la mancipation *contracta fiducia*. Le créancier ne pouvait vendre qu'autant qu'il y avait une convention expresse lui donnant ce droit; sans cela, il était soumis à l'action de vol. « Si is qui pignori rem accepit, cum « de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut antequam « dies venditionis veniret, pecunia non soluta, id fecit, *furti se* « *obligat* (5). »

Droits du créancier de retenir la chose.

Avec le temps, les droits du créancier furent étendus. On supposa toujours la convention permettant de vendre; bien plus, même quand il y avait eu clause expresse, défendant de convertir le gage en argent, on pouvait cependant le faire vendre, après trois dénonciations adressées au débiteur pour qu'il eût à payer la dette (6).

La convention défendant de vendre est anéantie par trois sommations.

Le créancier vendait comme un propriétaire; il s'engageait quelquefois à payer une indemnité en cas d'éviction; enfin la vente

(1) F. 3, § 2, *stellionat.* D. 47, 20. — Add., *quæ res pignori datæ obligari non possunt.* D. 20, 3 = (2) F. 18, pr., *de pigner. act.* D. 13, 7. = (3) L. 7-8, Cod., *quæ res pignor.*, 8, 17. = (4) F. 16, *de usucap.* D. 41, 3. — F. 35, § 1, *de pigner. act.* D. 13, 7. = (5) F. 73, *de furtis.* D. 47, 2. = (6) F. 14, § 15, *de diversis tempor.* D. 44, 3. — F. 4, *de pigner. act.* D. 13, 7.

pouvait être faite pour arriver aussi bien au payement des intérêts qu'au payement du capital (1).

Lex commissoria.

Souvent ceux qui prêtaient stipulaient qu'ils deviendraient propriétaires du gage si le débiteur ne payait pas à l'échéance. Cette convention, appelée *lex commissoria*, donna lieu à des abus et fut défendue par Constantin : « Quoniam inter alias captiones, præci« puæ commissoriæ pignorum legis crescit asperitas (2)... » Il ne reste donc plus au créancier que le droit de vendre le gage.

Instit., l. II, tit. VIII.

§ I. Creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abundeque provisum est.

Le créancier peut vendre le gage en vertu du contrat, bien que la chose ne lui appartienne pas. Cela a lieu par suite de la volonté du débiteur qui est convenu, dès l'origine, que le créancier aurait le droit de vendre s'il n'était pas payé. Mais pour empêcher, d'un côté, que les créanciers ne soient entravés dans l'exercice de leurs droits, et de l'autre, que les débiteurs ne perdent trop facilement leur propriété, nous avons fixé, par notre constitution, les règles à suivre pour la vente des gages; là nous avons suffisamment pourvu aux intérêts et du créancier et du débiteur.

Comment le créancier peut devenir propriétaire du gage.

La constitution à laquelle l'empereur fait allusion forme la loi 3, au Code, *de jure dominii impetrando*, 8, 34. Déjà, avant Justinien, les créanciers s'adressaient fréquemment aux empereurs pour devenir propriétaires des gages remis, sous prétexte qu'ils ne trouvaient pas à les vendre. Ordinairement on donnait un an au débiteur pour payer, et après ce délai, il y avait acquisition de la propriété pour le créancier; dans la plupart des cas, la mise en vente publique était une simple formalité accomplie pour pouvoir adresser ensuite la requête à l'empereur. Justinien décida que le créancier devrait commencer par garder deux ans le gage qui ne trouvait pas d'acheteur; ce délai expiré, il avait à faire une *denunciatio* au débiteur; et alors, en cas de non payement, il demandait le *dominium* au prince. Même après cette concession, le débiteur pouvait encore, pendant deux ans, reprendre la chose en remboursant le capital, les intérêts et les frais accessoires de la créance (3).

B. *Des obligations.*

Obligations du créancier gagiste. Responsabilité de la *culpa levis in abstracto.*

En recevant le gage, le créancier prend l'engagement tacite de conserver la chose et de la rendre après le payement. Le texte des Institutes, que nous avons rapporté plus haut, semble restreindre

(1) F. 8, § 1, 3. — F. 22, § 4, *de pigner. act.* D. 13, 7. = (2) F. Vatic., § 9. — L. 3, Cod., *de pactis pignor.*, 8, 35. — L. unic., Cod. Theod., *de commissoria rescindend.*, 3, 2. = (3) L. 3, pr., § 1, 2, Cod., *de jure dominii impetr.* 8, 34.

dans une certaine limite la responsabilité du gagiste : *placuit sufficere*. Cependant, en rapprochant ce paragraphe de divers fragments du Digeste, on voit qu'on exigeait du créancier une vigilance aussi étendue que celle du commodataire : « Venit autem in hac actione « et dolus et culpa, *ut in commodato* venit et custodia; vis major « non venit. Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus « præstare solet, a creditore exiguntur (1). » Peut-être le jurisconsulte auquel on a emprunté le passage des Institutes voulait-il imposer seulement au créancier la vigilance relative qu'on a appelée *culpa levis in concreto*, mais cette opinion n'avait pas prévalu.

Cas de restitution du gage. Actio pigneratitia directa.

Celui qui avait remis le gage ne pouvait en exiger la restitution que s'il y avait eu : 1° *solutio*, exécution entière de l'obligation; 2° satisfaction quelconque donnée au créancier; 3° pacte *de non petendo*; 4° dans certains cas d'abus de la part du créancier. Pour obtenir la réparation des dégradations éprouvées par le gage, le débiteur employait l'action *pigneratitia directa* (2).

Action pigneratitia contraria.

De son côté, le créancier avait une action *pigneratitia contraria*, qui lui était donnée : 1° quand il avait fait des dépenses nécessaires pour conserver la chose; alors il pouvait la retenir ou agir contre le propriétaire, même quand elle n'existait plus; par exemple, pour les soins donnés à un esclave qui est mort. 2° Afin d'obtenir un nouveau gage si le débiteur avait, soit sciemment, soit par ignorance, livré un objet qui ne lui appartenait pas ou qui était déjà hypothéqué à une autre personne. 3° Enfin cette action était donnée contre le débiteur qui avait sciemment remis au créancier des choses pouvant lui faire éprouver du dommage (3).

Inconvénients du gage.

Telle fut la première transformation juridique subie par l'ancienne constitution du gage; mais on ne s'arrêta pas là. En effet, si la simple remise de la possession ne présentait pas les mêmes inconvénients que la translation de propriété par la mancipation, elle amenait encore des difficultés qu'on dut chercher à éviter dans la pratique. Ainsi, quand le débiteur avait besoin de se servir des choses qu'il affectait à la sûreté de la créance, on pouvait bien lui en laisser l'usage à l'aide du précaire, mais cet état n'était pas entièrement satisfaisant, puisque le créancier avait toujours le droit de revenir sur sa concession.

La jurisprudence prétorienne trouva dans une institution grecque, dans l'hypothèque, le moyen de concilier tous les intérêts. Le pre-

(1) F. 13, § 1. — F. 14, *de pignerat. act.* D. 13, 7. = (2) D'après une décision de Gordien, si le débiteur avait contracté une nouvelle obligation, vis-à-vis de la même personne, après la tradition du gage, le créancier pouvait le retenir jusqu'au payement des deux dettes. — L. unic., Cod., *etiam ob chirograph.*, 8, 27. — F. 9, § 3-4-5. — F. 11, § 2-3. — F. 24, § 3, *de pignerat. act.* D. 13, 7. = (3) F. 8, 16, § 1. — F. 32, 36, § 1, *de pignerat. act.* D. 13, 7.

Introduction de l'hypothèque par le préteur Servius.

mier élan fut donné par le préteur Servius, magistrat qui vivait avant Cicéron, mais à une époque dont la date n'est pas certaine.

Baux à ferme. Il faut une convention formelle.

Il décida que dans les baux des champs, le preneur, *colonus*, pourrait affecter comme gage au payement de sa redevance tous les objets qu'il apporterait dans la ferme, sans en perdre cependant la possession. Cette convention s'appliquait surtout aux animaux et aux instruments employés pour l'agriculture. Il y avait gage pour le propriétaire dès que ces choses étaient *invectæ*, *illatæ*, et il pouvait faire valoir son droit réel contre tout le monde par une action appelée *actio Serviana*. Mais il faut remarquer que pour avoir droit de gage, le bailleur devait faire une convention formelle, et énumérer d'une manière bien précise les choses sur lesquelles il voulait avoir ce droit (1).

Instit., l. IV, tit. VI.

§ 7. Item Serviana et quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem, qua creditores *pignora hypothecasve* persequuntur. *Inter pignus autem et hypothecam*, QUANTUM AD ACTIONEM HYPOTHECARIAM, *nihil interest :* nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est : nam *pignoris* appellatione eam proprie contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quæ sine traditione *nuda conventione* tenetur, proprie *hypothecæ* appellatione contineri dicimus.

L'action Servienne et quasi Servienne, qui est aussi appelée hypothécaire, vient de la juridiction du préteur. Par l'action Servienne, on agit à l'occasion des choses que le colon a affectées au payement de son loyer; par l'action quasi Servienne, les créanciers poursuivent les gages ou les hypothèques. Quant à l'action hypothécaire, il n'y a pas de différence entre le gage et l'hypothèque; car on comprend sous cette double dénomination les choses que le créancier et le débiteur conviennent d'affecter à la dette. Cependant, sous d'autres points de vue, il faut les distinguer, car on appelle, à proprement parler, gage, les choses remises au créancier, surtout les meubles; et le mot hypothèque s'applique plus particulièrement aux objets qui sont engagés sans tradition, et par le seul effet de la convention.

Extension donnée au droit d'hypothèque.

Ce paragraphe fait voir comment l'institution de Servius avait été étendue; on put assurer le payement de toute espèce de créance en y affectant des objets qui restaient entre les mains du débiteur. Il y eut donc alors une nouvelle espèce de sûreté accessoire, qu'on appelait souvent gage prétorien, mais plus ordinairement hypothèque.

THÉORIE DE L'HYPOTHÈQUE (2).

Sommaire. — 1. *Définition et caractère de l'hypothèque.* — 2. *Principes généraux.* — 3. *Actes qui la produisent.* — 4. *Effets de l'hypothèque : droit de suite; droit de faire vendre; droit de préférence.* — 5. *Extinction de l'hypothèque,* jus offerendæ pecuniæ.

On définit l'hypothèque : un droit réel accessoire, en vertu duquel on affecte un meuble ou un immeuble à l'exécution d'une

(1) F. 4, *in quib. caus.* D. 20, 2. — F. 11, § 2; *qui potiores.* D. 20, 4.

(2) BIBLIOGRAPHIE. — *Traité du droit de gage et d'hypoth.*, par Schilling; traduction de M. Pellat.

obligation, sans que la possession soit remise au créancier.

C'est dans la continuation de la possession pour le débiteur que se trouve la différence caractéristique entre le gage et l'hypothèque. Cependant, Marcien dit dans un texte bien connu : « Inter pignus et « hypothecam, tantum nominis sonus differt. » Entre le gage et l'hypothèque, il n'y a que le nom qui diffère (1). Mais il faut bien remarquer que le jurisconsulte veut parler ici de l'action donnée aux créanciers. Quand il y avait eu remise du gage, on supposait à *fortiori* la convention d'hypothèque, et on permettait d'intenter l'action *quasi Serviana* ou *hypothecaria*, soit pour exercer le droit de suite, soit pour faire valoir le droit de préférence.

Principes généraux de l'hypothèque.

1. Qui peut hypothéquer.

L'hypothèque, comme le gage, ne peut être consentie que par la personne qui a la chose *in bonis*, et qui est capable d'en disposer, du moins en partie; car le propriétaire d'une chose indivise peut hypothéquer sa part (2). Si celui qui a hypothéqué la chose d'autrui en devient propriétaire, on donne au créancier de bonne foi une action utile : « Sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis persecutio « exemplo pignoratitiæ detur (3). » On admettait enfin que le débiteur pouvait hypothéquer un bien qui ne lui appartenait pas, sous cette condition : « Si illius factum fuerit (4). »

2. Dettes qui peuvent servir de base à l'hypothèque.

L'hypothèque peut servir à assurer le payement de toutes les obligations civiles, prétoriennes ou naturelles, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs. Peu importe que la dette soit pure et simple ou conditionnelle, actuelle ou future. Il est également permis de cautionner par hypothèque l'obligation d'autrui (5).

3. Choses qu'on peut hypothéquer.

Toutes les choses qui sont dans le commerce, meubles ou immeubles, peuvent faire l'objet de l'hypothèque (6). Elle s'applique même à des droits incorporels, comme l'usufruit ou l'emphytéose, mais non pas à toutes les servitudes. Il y avait prohibition absolue d'hypothéquer les servitudes *prædiorum urbanorum*; quant aux servitudes rustiques, on avait admis qu'on pourrait en créer, de voisin à voisin, pour servir de sûreté à une créance : « Ut quamdiu pecunia « soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (7); » et enfin que, si le créancier n'était pas payé à l'échéance, il pourrait les vendre à un propriétaire voisin. Le droit prétorien avait également admis la validité de la convention par laquelle un débiteur hypothéquait, pour cautionner sa dette, la créance qu'il avait contre une autre

(1) F. 5, § 2, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. = (2) F. 1, 3, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. — F. 7, § 3, *quibus modis* D. 20, 6. — F. 1, *quæ res pignori* D. 20, 3. = (3) L. 5, Cod, *si aliena res*, 8, 16. — F. 41, *de pignerat. act.* D. 13, 7. = (4) F. 16, § 7, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. = (5) F. 5, pr, § 2. — F. 25, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. — F. 129, § 1, *de regulis juris.* D. 50, 17. = (6) F. 9, § 1, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. = (7) F. 11, § 2-3. — F. 12, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1.

personne. Alors, suivant Paul, le créancier pouvait poursuivre le débiteur désigné, en se présentant comme *procurator* : s'il recevait de l'argent, il l'imputait sur sa créance; si on lui remettait des choses corporelles, il les gardait comme gages (1).

L'hypothèque est indivisible.

L'hypothèque est indivisible, ce qui signifie que chaque partie de la chose hypothéquée est affectée au payement de la dette tout entière. Celui qui détient le quart d'un immeuble hypothéqué ne peut donc pas éviter les poursuites du créancier en payant un quart de la dette, il faut qu'il l'acquitte entièrement (2).

Elle constitue un démembrement de la propriété.

On s'est enfin demandé si la seule constitution d'hypothèque constituait un démembrement de la propriété? Nous pensons qu'il faut répondre affirmativement; non pas qu'elle enlève au débiteur le *jus utendi*, *vel*, *fruendi*, mais elle ne lui permet plus de disposer de la chose comme bon lui semble. S'il donne ou s'il vend, il n'est pas sûr que l'objet restera entre les mains de l'acquéreur, puisque le créancier non payé peut aller revendiquer son gage. Enfin, il est permis de douter qu'on puisse opposer au créancier hypothécaire les démembrements de propriété, comme l'usufruit et les servitudes, consentis après l'établissement de l'hypothèque. Le *jus abutendi* n'est donc plus entier.

Les actes qui font naître l'hypothèque sont d'abord les conventions expresses ou tacites.

4 Actes producteurs de l'hypothèque.

Expresses. La volonté des parties se manifeste par une simple convention appelée pacte prétorien : « Contrahitur hypotheca per « pactum conventum (3). »

Hypothèques tacites du locateur de maison sur les meubles et du locateur de ferme sur les fruits.

Tacites. Quand on suppose que telle a été l'intention des contractants. Ainsi, dit Modestin, si une personne fait écrire par une autre un *chyrographum* dans lequel il y a constitution d'hypothèque sur une maison appartenant à l'écrivain, on doit penser qu'il y a eu ratification de la part de ce propriétaire. On supposait également que le locateur d'une maison s'était fait donner hypothèque sur tous les meubles apportés pour la garnir; et enfin, on sous-entendait cette convention, pour le locateur de ferme, à l'occasion des récoltes produites par le fonds. « In prædiis rusticis, fructus qui ibi « nascuntur tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, « etiamsi nominatum id non convenerit. » Il faut remarquer que ces deux hypothèques tacites n'ont d'abord été en vigueur qu'à Rome et dans les environs; mais avec le temps, on les appliqua même aux immeubles de la province. L'hypothèque tacite du locateur avait pour but d'assurer le payement du loyer, et des dégradations provenant du fait du locataire (4).

(1) F. 18, pr., *de pignerat. act.* D. 13, 7. = (2) L. 2, Cod, *si unus ex pluribus*, 8, 32. = (3) F. 4, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. = (4) F. 26, § 1, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. — F. 2, 4, 7, *in quibus causis.* D. 20, 2. — L. 7. Cod., *in quibus causis pignus*, 8, 15.

Il faut enfin noter que, sous Marc-Aurèle, on donna une hypothèque tacite à celui qui avait prêté de l'argent pour reconstruire un édifice (1).

Une seconde source des hypothèques se trouve dans la volonté du législateur; c'est ce que les modernes appellent l'*hypothèque légale*. Nous citerons comme exemples principaux : 1° le fisc, sur les biens des particuliers, pour la rentrée des impôts; sur les biens de certains officiers, pour l'administration des finances; et enfin, avec le temps, sur les biens de tous ses débiteurs : « Fiscus semper habet « jus pignoris. » Cette hypothèque légale semble dater du règne d'Antonin Caracalla (2); 2° les pupilles et les mineurs, sur les biens des tuteurs et curateurs; cette hypothèque n'a une existence certaine qu'à l'époque de Constantin : Justinien accorda le même droit aux fous, sur les biens de leurs curateurs (3); 3° l'hypothèque accordée, dans certains cas, aux enfants, sur les biens de leurs parents, pour assurer le retour des gains nuptiaux, soit dans le cas de secondes noces, soit quand, après la mort de la mère, le père administre le bien de ses enfants (4); 4° l'hypothèque donnée à la femme chrétienne orthodoxe, sur les biens du mari, pour assurer la restitution de sa dot, quand vient la dissolution du mariage (5); 5° le mari a également un droit d'hypothèque sur les biens de la femme ou d'autres personnes pour garantir, soit le payement de la dot promise, soit celui des indemnités qui pourraient être dues en cas d'éviction des objets dotaux (6); 6° à l'époque de Justinien, les légataires ont une hypothèque sur les biens de la succession, pour garantir le payement des legs; mais il ne faut pas oublier que ce droit se divise contre les héritiers, qui sont tenus seulement pour leur part héréditaire (7). Hypothèques venant de la loi.

La troisième cause des hypothèques peut exister dans les testaments, c'est ce que dit Ulpien : « Testamento quoque pignus « constitui posse, imperator noster cum patre sæpissime re- « scripsit (8). » Hypothèques testamentaires et judiciaires.

Ce droit peut enfin résulter, dans certains cas, de la condamnation prononcée par le juge (9).

Dans les diverses circonstances que nous venons de parcourir, l'hypothèque peut prendre un double caractère : tantôt elle est *spéciale*, quand on affecte à la sûreté de la créance des objets déter- 5. Hypothèques générales et spéciales.

(1) F. 1, *in quibus causis*. D. 20 2. = (2) F. 46, § 3, *de jure fisci*. D. 49, 14. — L. 2-3, Cod., *de privilegio fisci*, 7, 73. — L. 1, 4, Cod., *in quibus tacite*, 8, 15. = (3) L. 20, Cod., *de administ. tut.*, 5, 37. — L. 7, § 5-6, *de curatore furiosi*, 5, 70. = (4) L. 6, § 2. — L. 8, § 4-5, Cod., *de secundis nuptiis*, 5, 1. — Nov. XXII, ch. XXIV. — L. 6, § 4, Cod., *de bonis quæ liberis*, 6, 61. = (5) L. 3, Cod., *de jure dotium*, 5, 12. — L. 12, Cod., *qui potiores*, 8, 18. — Nov. XCVII, ch. III. — Nov. CIX, ch. XII. = (6) L. 1, § 1. Cod., *de rei uxoriæ*, 5, 13. = (7) L. 1, Cod., *communia de legatis*, 3, 43. — Cf. Cod. Nap., art. 1017. = (8) F. 26, *de pignerat. act.* D. 13, 7. = (9) L. 2, Cod., *de prætorio pignore*, 8, 22.

minés; mais il faut remarquer que le droit s'étend à toutes les augmentations, réparations ou améliorations de la chose hypothéquée (1). Tantôt l'hypothèque est *générale*, quand elle porte sur tous les biens présents et à venir du débiteur. Dans ce cas, l'hypothèque ne saisit les choses à venir qu'au moment où elles entrent dans le patrimoine du constituant (2). Même quand il y a hypothèque de tous les biens, on en exclut les choses que le débiteur est censé avoir voulu se réserver; ainsi, sa concubine, son fils naturel, ses vêtements, etc.

6. Effets de l'hypothèque

Les effets de l'hypothèque se manifestent par trois droits distincts: 1° le droit de suite; 2° le droit de faire vendre la chose; 3° le droit de préférence sur le prix.

Droit de suite. C'est la faculté accordée au créancier d'aller mettre tout détenteur de la chose hypothéquée dans l'alternative de payer la dette ou de laisser vendre le gage; c'est pour faire valoir ce droit qu'on donnait l'action Servienne ou hypothécaire (3). On pouvait aussi quelquefois reprendre la possession, par l'interdit Salvien, dont nous reparlerons plus tard.

Il se présentait, du reste, une question dans l'exercice du droit de suite: le tiers détenteur pouvait-il exiger que le créancier commençât par aller discuter les biens du débiteur? Dans l'ancien droit, la discussion n'était pas forcée, mais Justinien la rendit obligatoire (4).

Droit de faire vendre. Cette faculté est celle qui donne à l'hypothèque, comme au gage, son caractère d'utilité. Le créancier l'exerce à l'échéance; s'il y a plusieurs choses engagées, il commence par faire vendre celle qu'il veut (5).

Si la chose était hypothéquée à la suite d'un jugement, elle ne pouvait être vendue que deux mois après la sentence; dans les autres cas, le créancier faisait vendre à l'échéance, mais il fallait commencer par dénoncer au débiteur qu'il eût à payer, s'il voulait éviter l'expropriation: « Creditor hypothecas cum proscribit, notum debitori facere debet (6). » En principe, le créancier ne pouvait pas devenir adjudicataire du gage, à moins qu'on ne trouvât pas d'autre acquéreur ou que le débiteur n'y consentît.

Si le prix produit par la vente de la chose hypothéquée ne suffisait pas pour éteindre la dette, le créancier agissait par l'action personnelle contre le débiteur pour se faire payer le complément de la somme (7).

Droit de préférence. On entend par cette expression le droit

(1) F. 16, 29, § 1-2. — F. 35, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. = (2) F. 31, § 2, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. — F. 7, § 1, *qui potiores.* D. 20, 4. — Paul. Sent., liv. V, tit. VI, § 16. = (3) F. 16, § 3, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. = (4) L. 10, 24, Cod., *de pignor. et hypoth*, 8, 14. — Nov. IV, ch. II. = (5) F. 8, *de distract. pignor.* D. 20, 5. = (6) L. 4, Cod., *de distract. pignor.*, 8, 28. — F. 8, § 3, *de pignerat. act.* D. 13, 7. = (7) L. 3, 10, Cod., *de distract. pignor.*, 8, 28. — Paul. Sent., liv. II, tit. XIII, § 4.

qui appartient à certains créanciers d'être payés avant les autres, ce qui a une extrême importance quand le patrimoine du débiteur ne suffit pas pour désintéresser tout le monde.

Le concours peut s'établir, soit quand la chose a été hypothéquée par deux propriétaires successifs, soit quand la même personne a consenti des hypothèques à des époques différentes. Cette dernière hypothèse se présentera sans qu'on ait à craindre l'accusation de stellionat : 1° quand on aura prévenu le créancier de l'existence des droits antérieurs : « Qui res suas jam obligaverint, et alii secundo « obligant creditori, ut effugiant periculum, prædicere solent, *alii* « *nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio* (1)... ; » 2° quelquefois même, sans avoir prévenu le second créancier, on n'encourait pas la peine du stellionat, quand la première hypothèque avait peu d'importance : « Plane si ea res *ampla* est, et ad *modicum* æris « fuerit pignorata, dici debebit cessare non solum stellionatus « crimen (2)... »

Comment on fixe le droit de peference ; prior tempore, potior jure,

Dans ces divers cas, on suivait une règle générale ; le rang des créanciers était fixé par la date de la convention : « Prior tempore, « potior jure ; » c'est un principe développé dans les Fragments du Digeste, au titre *qui potiores*, 20, 4, et dans les lois du Code, sous la même rubrique, 8, 18. Il y avait cependant deux questions qui préoccupaient les jurisconsultes : 1° que fallait-il décider si la même chose avait été hypothéquée en même temps à deux créanciers? on préférait celui qui était en possession : « Inter ipsos... meliorem « esse possidentis conditionem (3) ; » 2° si des hypothèques avaient été consenties à plusieurs personnes sur la même chose, par un non propriétaire qui acquérait ensuite le *dominium*, fallait-il les mettre sur le même rang et préférer le possesseur? Paul est d'avis qu'on doit appliquer alors les principes généraux, et payer avant les autres celui qui a fait la première convention (4). Du reste, le système hypothécaire romain présentait ici un grand vice, c'était l'absence de toute publicité. La question d'antériorité de date devait faire naître des difficultés inextricables ; aussi, pour les éviter un peu, l'empereur Léon décida (en 469 après J.-C.) que les hypothèques constatées dans des actes publics, ou dans des actes privés confirmés par le cachet de trois témoins honorables, passeraient avant les autres, même quand elles auraient été consenties à une date plus récente. C'était une manière détournée d'obliger les parties à toujours em-

Vice du système hypothécaire romain.

(1) F. 15, § 2, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. = (2) F. 36, § 1, *de pignerat. act.* D. 13, 7. = (3) F. 10, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. = (4) F. 14, *qui potiores.* D. 20, 4. — Si la condition de tous les créanciers est la même, ils concourent sur le produit de l'hypothèque, proportionnément au montant de leurs créances. — F. 16, § 8, *de pignor.* D. 20, 1.

Modes d'extinction de l'hypothèque.

ployer les moyens de preuves préférés par la constitution (1). L'hypothèque disparaissait : 1° quand il y avait payement de la dette principale. Cependant le payement peut être fait par d'autres créanciers, non pour éteindre le droit d'hypothèque, mais pour

Jus offerendæ pecuniæ.

prendre la place de ceux qu'on a payés ; c'est là ce qu'on désigne sous le nom de *jus offerendæ pecuniæ.*

Il y a sur ce point une première série de faits qui ne présentent aucune difficulté. Ainsi une personne inférieure par l'ordre de son hypothèque apprend que le premier créancier va faire vendre le gage, dans des conditions tout à fait défavorables; de telle sorte que le prix, qui devrait suffire à éteindre les deux dettes, sera absorbé par la plus ancienne. Dans ce cas, il lui est permis de payer le créancier qui précède et de prendre son rang pour les sommes avancées. Cette subrogation aura lieu malgré l'opposition de celui qu'on paye ou du débiteur principal; il n'est pas nécessaire de faire une cession (2). On accordait ce droit même contre les tiers auxquels le débiteur avait vendu le gage, pour payer le premier créancier. Ceux qui venaient ensuite pouvaient exercer une sorte de retrait en offrant à l'acquéreur le prix qu'il avait payé, et les intérêts calculés suivant le temps écoulé depuis la vente. Mais il en serait autrement si l'aliénation avait été faite sur les poursuites du créancier qui primait les autres; dans ce cas, toutes les hypothèques postérieures étaient éteintes (3). « Tunc secundo creditori non superesse jus « offerendæ pecuniæ convenit. »

Ainsi, en principe, tout créancier hypothécaire d'un rang postérieur peut venir prendre la place de ceux qui le précèdent. Quant aux créanciers chirographaires, ils ne pourraient obtenir ce résultat qu'à l'aide d'une cession formelle et régulière.

Mais il s'est élevé une difficulté à l'occasion d'un texte de Paul. Ce jurisconsulte s'exprime ainsi : « Sed et *prior* creditor *secundum* cre- « ditorem si voluerit dimittere, non prohibetur, quanquam ipse in « pignore potior sit. (4). » Le premier créancier peut, si bon lui semble, écarter le second, bien qu'il lui soit préféré sur le gage. Ce qui donne à la décision de Paul un caractère tout anormal, c'est que jamais le second créancier ne pouvait faire vendre le gage tant que le premier n'était pas désintéressé (5). On ne voit donc pas au premier abord l'intérêt qu'on peut avoir à faire cette *oblatio pecuniæ;* aussi Zimmern prétend-t-il que le texte de Paul est altéré. Nous ne partageons pas cet avis, car il y a des hypothèses dans lesquelles le

(1) L. 11, Cod., *qui potiores*, 8, 18. = (2) L. 1, 5, 8, Cod, *qui potiores*, 8, 18.—F. 3, *qui potiores*. D. 20, 4.—F. 3, § 1.—F. 5, *de distract.* D. 20, 5.=(3) L. 1, Cod., *si antiquior creditor*, 8, 20. — F. 3, *de distract.* D. 20, 5. = (4) Paul. Sent., liv. II, tit. XIII, § 8.=(5) L. 8, Cod., *qui potiores*, 8, 18.

droit reconnu par Paul présente de l'utilité; si, par exemple, les créanciers postérieurs contestent le rang du plus ancien, celui-ci peut vouloir les payer pour éviter le procès, surtout s'il espère vendre le gage de manière à couvrir tous ses déboursés. Dans un autre cas, il pourrait arriver que le premier créancier hypothécaire sur une chose fût primé en partie par les créanciers postérieurs, qui auraient fait des dépenses pour conserver le gage : « Interdum posterior « potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum « est (1). » Il y aurait donc encore intérêt à faire l'*oblatio pecuniæ* pour conserver intégralement la priorité du rang, et se réserver de faire vendre la chose en temps utile. On peut enfin supposer que le premier créancier soit simplement hypothécaire, tandis que le second serait un gagiste, ayant par conséquent la possession avec les interdits qui la protégent; en payant ce dernier créancier, on prendra sa place et on jouira des avantages de la possession, ce qui peut avoir quelquefois une grande importance (2). Outre la *solutio*, tous les modes d'extinction qui s'appliquent à la dette principale éteignent également l'hypothèque;

2° L'hypothèque cesse quand il y a perte de la chose engagée;

3° La renonciation expresse ou tacite du créancier produit le même effet (3);

4° Il n'y a plus hypothèque après l'expiration du terme pour lequel elle avait été consentie (4);

5° Enfin, sous l'empereur Théodose, l'hypothèque est effacée par la prescription. Ici il faut remarquer que l'action principale était prescrite par trente ans, tandis que l'action hypothécaire durait quarante ans, si la chose était encore dans les mains du débiteur. Ce résultat peut s'expliquer en supposant qu'il y avait une obligation naturelle, survivant à l'obligation civile après la prescription (5).

DES PRIVILÉGES.

Sommaire. — 1. *Nature du privilége.* — 2. *Ses effets.* — 3. *Liste et explication des priviléges admis en droit romain.* — 4. *Ordre des priviléges.*

Un dernier droit, également dérivé du gage, est connu sous le nom de *privilége*.

Le privilége est, dans la science du droit, une préférence accordée par la loi à certaines créances, de telle sorte qu'elles doivent être payées avant toutes celles qui ne sont pas dans la même catégorie.

Cette faveur est fondée sur l'idée que certaines créances sont dignes d'une protection toute spéciale, et le législateur se détermine,


Causes des priviléges. Importance qu'il y a à les distinguer.

(1) F. 5, *qui potiores.* D. 20, 4. = (2) V. F. 10, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. — F. 14, *qui potiores.* D. 20, 4. = (3) F. 7, pr.—F. 8, § 6, à 19.— F. 10, 12, *quibus modis.* D. 20 6.— Cf. Cod., *de remiss. pignor*, 8, 26. = (4) F. 6, *quibus modis.* D. 20, 6. = (5) L. 7, § 1. Cod., *de præscript.* 30 *vel* 40 *annis*, 7, 39.

soit par la qualité ou la condition de la personne, soit par la nature du fait juridique, par la cause, qui a donné naissance à l'obligation; il les classe suivant l'intérêt plus ou moins grand qu'elles lui inspirent : « Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex *causa*, et si « ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in « his fuerint (1). »

Il est important de distinguer les priviléges basés sur la faveur qu'inspire la personne, de ceux qui viennent de la cause de la créance. Les premiers meurent avec l'individu, ils ne passent pas à ses héritiers, ils ne sont pas cessibles entre vifs; les seconds, au contraire, peuvent ordinairement être transmis avec la créance (2).

C'est la loi qui crée les privileges. Il y en a deux classes.

C'est la loi qui a donné exclusivement la qualité de privilége à certaines créances, et elle en a fait deux classes : l'une, qu'on peut appeler classe des *priviléges simples*; l'autre composée d'hypothèques, qui sont en même temps des priviléges, aussi les modernes les nomment-ils *hypothèques privilégiées*.

Effets du privilege.

Le privilége donnait à un créancier le droit de passer avant tous les autres; c'était le droit de préférence poussé à ses dernières limites; mais le privilége simple ne produisait cet effet que si la chose était encore entre les mains du débiteur, il ne donnait pas le droit de *suite*. Quand la créance était tout à la fois hypothécaire et privilégiée, comme celle de la femme pour la reprise de sa dot, on combinait les effets produits par ce double caractère. Ainsi on pouvait suivre la chose entre les mains des tiers, parce que c'était une hypothèque, et on se faisait payer avant tous les autres créanciers, *sans tenir compte de la règle* : « Prior tempore, potior jure, » parce que c'était un privilége.

Liste des privileges.

De ce que les priviléges viennent de la loi, il résulte que leur nombre doit être limité aux cas formellement énoncés dans les textes; voici la liste de ceux qui étaient reconnus en droit romain :

1° *Le fisc.*

Paul dit dans ses Sentences : « Privilegium fisci est inter omnes « creditores primum locum tenere (3). » Le privilége du fisc était autrefois simple. Sous Caracalla, on y ajouta une hypothèque privilégiée; elle est mentionnée dans le *Corpus juris* : 1° pour les biens du *primipilus* (officier chargé de faire rentrer les prestations en nature destinées aux armées), et subsidiairement sur la dot de sa femme (4); 2° sur les biens des particuliers qui doivent des impôts (5); 3° pour

(1) F. 32, *de rebus auctoritat. judicis*. D. 42, 5. = (2) Cf. F. 68, 196, *de regulis juris*. D. 50, 17. — F. 42, *de administr*. D. 26, 7. — F. 29, *de re judicata*. D. 42, 1. = (3) Paul. Sent, liv. V, tit. XII, § 10. — Cf. F. 10, *de pactis*. D. 2, 14. — F. 46, § 3, *de jure fisci*. D. 49, 14 = (4) L. 3, Cod., *de primipilo*, 12, 63. — L. 4, Cod., *in quibus causis pignor.*, 8, 15. = (5) L. 1, Cod., *in quibus causis*, 8, 15. — L. 1, Cod., *si propter publicas.*, 4, 46.

assurer le payement des créances *ex contractu* contre les particuliers. « Certum est ejus qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris « titulo obligari (1). » Ce privilége ne s'exerçait que sur les biens acquis depuis le contrat; car pour ceux que le débiteur avait auparavant, on respectait le rang des hypothèques. Donc, si on avait hypothéqué tous ses biens présents et à venir à une personne, et qu'on traitât ensuite avec le fisc, il ne serait préféré que pour les biens acquis depuis la convention.

Une faveur très-remarquable accordée au fisc, c'était de changer en créances privilégiées les créances simples que lui cédaient les particuliers. Cependant, quand il s'agissait de faire rentrer des sommes dues à titre de peines, comme des amendes, le fisc était considéré comme un simple créancier chirographaire (2).

2° *La femme mariée.*

Déjà, dans le droit des Pandectes, la femme avait un privilége simple pour assurer la restitution de sa dot. Justinien lui donne, quand elle est orthodoxe, une hypothèque privilégiée sur la dot elle-même et sur les biens de son mari, pour garantir la reprise de ses apports antérieurs ou postérieurs au mariage. Cependant le privilége n'existe pour l'augment de dot qu'autant qu'il a été fait en immeubles, ou que le mari n'avait pas de créanciers au moment où il a été effectué (3). Le privilége de la femme ne passe qu'à ses enfants.

3° *Certaines colonies et cités.*

Quelques cités avaient reçu des empereurs un privilége simple sur les biens de leurs débiteurs. Papinien mentionne la ville d'Antioche. Mais il n'y avait pas hypothèque privilégiée donnant droit de suite (4).

4° *Les frais funéraires.*

Paul dit : « Quidquid in funus erogatur, inter æs alienum *primo* « *loco* deducitur. » Il y a là un droit de préemption, un privilége qui passe même avant certains créanciers gagistes, comme le locateur de maison. Les Romains avaient donné à ce genre de dépenses un caractère privilégié, parce qu'ils trouvaient moral de rendre des honneurs aux défunts (5).

5° *Le dépôt d'argent fait sans intérêts chez un banquier.*

La raison de ce privilége est donnée par le jurisconsulte Papinien:

(1) L. 2, Cod., *in quibus causis*, 8, 15. — L. 2, Cod., *de privileg. fisci*, 7, 73. — F. 28, *de jure fisci*. D. 49, 14. = (2) F. 6, 17, 37, *de jure fisci*. D. 49, 14. — L. unic., Cod., *pœnis fiscalib.*, 10, 7. = (3) F. 17, § 1. — F. 18, 19, *de auctoritat.* D. 42, 5. — L. 30, Cod., *de jure dotium*, 5, 12. — L. 12, Cod., *qui potiores*, 8, 18. — Nov. XCVII, ch. II. = (4) F. 10, *ad municipal.* D. 50, 1. — F. 37. *de rebus auctoritat. judicis*. D. 42, 5. = (5) Paul. Sent., liv., I, tit. XXI, § 15. — F. 14, § 1, *de religiosis*. D. 11, 7. — L. 9, Cod., *qui potiores*, 8, 18.



« Idque propter necessarium usum argentariorum, ex utilitate publica receptum est (1). » Mais le privilége disparaîtrait s'il y avait eu des intérêts payés, car alors ce serait un *mutuum* et non un dépôt. Le rang de ce privilége a donné lieu à une difficulté. Ulpien, dans le Fragment 7, § 2, *depositi*, D. 16, 3, le place *ante privilegia*, avant les autres priviléges; le même jurisconsulte le fait venir *post privilegia*, après les autres priviléges, dans le Fragment 24, § 2, *de rebus auctoritate*, D. 42, 5. Nous pensons que la solution de cette antinomie apparente se trouve dans le Fragment 8, *depositi*, D. 16, 3, *in fine*: « Plane *sumptus causa*, qui necessarie factus est, semper præ« cedit; nam *deducto eo*, bonorum calculus subduci solet. » Le déposant ne sera admis qu'après les créances qui sont payées par déduction des biens en quelque sorte; ainsi l'argent prêté pour faire des dépenses nécessaires, ainsi les frais funéraires, etc.

6° *Argent prêté pour construire, réparer ou conserver une chose.*

Les textes mentionnent le cas du prêt pour la construction ou l'armement d'un navire, celui qui a eu pour objet la réparation des édifices, et enfin le prêt fait pour acheter une charge publique, *militia*. Quand il y a eu acquisition d'un immeuble, Dioclétien refuse le privilége au prêteur qui n'a pas fait une convention formelle(2). On s'est demandé si le droit accordé à ce créancier était une hypothèque privilégiée ou un privilége simple, sans droit de suite. Nous pensons qu'il faut adopter ce dernier avis.

7° *Les pupilles, les mineurs et les fous.*

Les incapables ont un privilége sur les biens des personnes qui administrent leur patrimoine; ce droit est établi par des textes nombreux. Comme nous l'avons dit plus haut, l'hypothèque tacite des pupilles date seulement de Constantin. Ce privilége ne peut pas être cédé; il ne passe point aux héritiers (3).

Il reste une dernière question sur cette théorie difficile. Quand plusieurs créanciers privilégiés se trouvent en présence, dans quel ordre faut-il les payer? Nous ne pensons pas que ce point ait jamais

Ordre des priviléges.

été réglementé d'une manière précise par les lois romaines; voici cependant quelques cas qui ont été décidés par les textes. En première ligne, il faut placer : 1° les dépenses funéraires (4); 2° le fisc;

(1) V. F. 7, § 1-2. — F. 8, *depositi*. D. 16, 3. = (2) F. 31, 24, § 1, *de rebus auctoritat.* D. 42, 5. — F. 25, *de rebus creditis*, 12, 1. — L. 17, Cod., *de pignor.*, 8, 14. — L. 7, Cod., *qui potiores*, 8, 18.—Add. Nov. XCVII, ch. III-IV, et Nov. CXXXVI, ch. III. Quand l'*argentarius*, en avançant une somme, s'est fait donner une hypothèque par écrit. = (3) Cf. F. 42, 44, § 1, *de administrat.* D. 26, 7. — F. 25, *de rationib.* D. 27, 3. — F. 19, § 1. — F. 20-21-22, *de rebus auctoritat.* D. 42, 5. — L. 20, Cod., *de administrat.* 5, 37. = (4) F. 45, *de religiosis*. D. 11, 7.

3° celui qui a prêté de l'argent pour acheter une *militia*; 4° l'*argentarius* qui s'est réservé une hypothèque sur la chose acquise avec l'argent qu'il prête; 5° la femme pour sa dot: s'il y a eu plusieurs mariages, la première femme est préférée (1); 6° ceux qui ont prêté de l'argent pour acquérir, conserver ou réparer une chose: le dernier prêteur passe avant les autres, car c'est lui qui a conservé le gage commun; 7° les pupilles, etc., etc.

CHAPITRE II.

CONTRATS VERBIS.

On entend par contrats *verbis* les conventions qui ne sont sanctionnées par le droit civil, que si le consentement des parties a été manifesté à l'aide de formules déterminéees:

Nous diviserons cette matière en quatre sections: 1° quelles sont les manières de faire naître les obligations verbales; 2° quelles sont les règles applicables aux stipulations principales; 3° les règles applicables aux stipulations accessoires; 4° quelle est la division des stipulations.

SECTION PREMIÈRE. — Quelles sont les manières de faire naître les obligations verbales.

Dans l'ancien droit romain, on reconnaissait trois manières de faire naître les obligations *verbis*.

1° *La dictio dotis*. Nous savons que c'était une formule employée pour constituer la dot: « Dos est decem talenta. » Ulpien, Fragments, tit. VI, § 1, constate que la *dictio dotis* ne pouvait être faite que par la femme, son débiteur sur son ordre, ou enfin par l'ascendant mâle, « per virilem sexum cognatione junctus. »

Il y avait trois manières de faire naître les obligations verbales.

2° *La promissio operarum*. C'était l'engagement pris par l'affranchi de rendre certains services à son patron. On exigeait de l'esclave un premier serment, avant la manumission, pour engager sa conscience au point de vue religieux; et quand il était devenu libre, on lui faisait renouveler sa promesse, soit par un second serment, soit par la stipulation (2).

3° *La stipulation*. C'est la convention formulée par une interrogation suivie d'une réponse congruente. Paul la définit: « Stipulatio « est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus res- « pondet, velut: Spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? pro- « mitto (3). » La stipulation est une formule verbale, à laquelle

(1) Nov. XCI, ch. I. — V. sur cette classification Schilling, trad., p. 101. Zimmern, trad. de M. Étienne, p. 254. = (2) F. 44, *de liber. causa*. D. 40, 12. — F. 3, 7, § 2. — L. 10, *de operis libertor*. D. 38, 1. = (3) Paul. Sent., liv. II, tit. III, § unic.

répond une personne légalement interrogée; par exemple : « Vous engagez-vous? je m'engage; donnerez-vous? je donnerai; promettez-vous? je promets. »

Des trois espèces de conventions verbales, la stipulation est la plus importante, et nous allons étudier ses caractères, aux diverses périodes de l'histoire du droit romain.

SECTION II. — Règles applicables aux stipulations principales.

Sommaire. — 1. *Forme de la stipulation.* — 2. *Conditions pour sa validité.* — 3. *Personnes qui peuvent stipuler.* — 4. *Stipulation et promesse pour autrui.* — 5. *Objets qui peuvent être compris dans la stipulation.*

Instit., l. III, tit. XV.

Pr. Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, cum quid dari fieri nobis stipulamur. Ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam *condictio*, si certa sit stipulatio, quam *ex stipulatu*, si incerta. Quæ hoc nomine inde utitur, quia *stipulum* apud veteres firmum appellabatur, forte a *stipite* descendens.

On contracte une obligation par paroles en employant une interrogation et une réponse, comme lorsque nous stipulons qu'on nous donnera quelque chose ou qu'on accomplira un fait. De là naissent deux actions : la *condictio*, si l'objet est certain, l'action *ex stipulatu* quand il est incertain. On appelle ce mode stipulation, parce que, chez les anciens, *stipulum* signifiait ferme. Peut-être ce mot vient-il lui-même de *stips*, souche.

Festus dit que *stips* signifiait une pièce de monnaie donnée comme arrhes aux soldats qui s'engageaient.

Isidore, dans ses *Origines*, fait venir le mot stipulation de *stipulum*, paille, rompre la paille, pour montrer qu'un engagement est parfait. Peu importe, du reste, l'exactitude de ces diverses étymologies.

Il fallait autrefois une interrogation solennelle.

Pour que la stipulation valût, suivant le droit civil, il fallait autrefois que la réponse fût *congruente* à la question, c'est-à-dire formulée par le même verbe et portant sur les mêmes choses; sans cela le contrat n'existait pas.

§ 1. In hac re olim talia verba tradita fuerunt : *Spondes? spondeo* ; *promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto*; *fidejubes? fidejubeo* : *dabis? dabo*; *facies? faciam*. Utrum autem Latina an Græca, vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet, si uterque stipulantium intellectum hujus linguæ habeat; nec necesse est, eadem lingua utrumque uti, sed sufficit, congruenter ad interrogatum respondere : quin etiam duo Græci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quæ, solemnitate verborum sublata, sensum

Léon en dispense.

Voici quels étaient les paroles employées autrefois : *Spondes? spondeo ; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto ; fidejubes? fidejubeo ; dabis? dabo ; facies? faciam.* Peu importe qu'on use de la langue latine ou grecque, pourvu que les stipulants comprennent ces idiomes; il n'est même pas nécessaire qu'ils se servent de la même langue, il suffit que la réponse soit congruente à l'interrogation; deux Grecs peuvent stipuler en latin. Ces formules solennelles étaient autrefois en usage; mais vint ensuite la constitution de Léon, qui dispense des paroles solennelles et exige seulement qu'il y ait intelligence et accord des deux

et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

parties, quels que soient les termes employés.

L'interrogation peut être faite dans une langue et la réponse dans une autre, pourvu que les deux parties se comprennent et que les deux verbes correspondent : si on avait demandé en latin : *Dabis?* il faudrait répondre en grec : δώσω.

Formule *spondeo* réservée aux citoyens romains.

Il y avait cependant une formule dont les Romains pouvaient seuls se servir : « Sed hæc quidem verborum obligatio : DARI SPONDES? SPONDEO, propria civium Romanorum est; cæteræ vero juris « gentium sunt (1). » Cependant on admettait que les chefs de deux armées, romaine et étrangère, pouvaient faire des traités de paix en employant la formule quiritaire : PACEM FUTURAM SPONDES?

La constitution de Léon abolit les formules.

En l'an 469 après Jésus-Christ, l'empereur Léon abolit toutes les formalités suivies jusqu'alors pour les stipulations ; il suffira, à l'avenir, de faire une interrogation suivie d'une réponse, et on n'examinera plus si le verbe est différent ou s'il est le même : « Omnes « stipulationes, etiamsi non solennibus, vel *directis*, sed quibus- « cumque verbis consensu contrahentium compositæ sint, suam « habeant firmitatem ; » que toutes les stipulations soient valables, bien qu'elles aient été faites en termes non solennels et non correspondants, sans qu'on ait à examiner les paroles dont les parties se sont servies pour manifester leur volonté (2).

Il faut toujours que la chose promise soit la même que le chose demandée.

Mais Léon ne dispense pas de la correspondance qui devait exister entre les choses demandées et promises.

Instit., l. III, tit. XIX.

§ 5. Inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus erit, non respondeat, veluti, si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra ; aut, si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra, si modo scilicet id exprimas, id est si cui, sub conditione vel in diem stipulanti, tu respondeas : *Præsenti die spondeo*. Nam si hoc solum respondeas : *Promitto*, breviter videris in eandem diem aut conditionem spopondisse : nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.

La stipulation est inutile, si la personne ne répond point à l'interrogation qui lui est faite. Si, par exemple, je stipule de vous dix pièces d'or et que vous m'en promettiez cinq, ou réciproquement ; ou bien si le créancier stipule purement, et que vous promettiez sous condition, ou réciproquement ; pourvu que vous l'exprimiez, c'est-à-dire que vous répondiez à celui qui interroge sous condition ou à terme : « Je promets aujourd'hui. » Car si vous répondez seulement : « Je promets, » vous êtes censé avoir accepté le terme ou la condition ; il n'est pas nécessaire en effet de répéter en répondant tout ce qu'a énoncé le stipulant.

Discussion quand la somme est différente.

Dans l'hypothèse de la promesse d'une somme différente de celle qui était demandée par le stipulant, Ulpien pensait qu'il fallait valider la convention jusqu'à concurrence du chiffre le moins élevé,

(1) G. C. III, § 93-94. = (2) L. 10, Cod., *de contrah. stipulat.*, 8, 38.

parce qu'il est nécessairement compris dans le chiffre plus considérable. Celui qui promet vingt, promet à plus forte raison dix; celui qui stipule vingt, stipule également dix *à fortiori*; « manifestissimum est vigenti et decem inesse (1). »

Nous retrouvons la même pensée dans les deux paragraphes suivants. Il faut toujours rechercher s'il y a bien eu réunion des deux volontés, « in idem placitum. »

§ 18. Quotiens plures res una stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat: *Dare spondeo*, propter omnes tenetur; si vero unam ex his, vel quasdam datarum se spondeat, obligatio in his, pro quibus spoponderit, contrahetur. Ex pluribus enim stipulationibus una, vel quædam videntur esse perfectæ : singulas enim res stipulari, et ad singulas respondere debemus.

§ 23. Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, veluti si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

Quand il y a plusieurs choses comprises dans la stipulation, si le promettant répond simplement : « Je promets de donner, » il est tenu pour toutes ; s'il promet l'une des choses seulement, il n'y a contrat que pour cet objet. On est considéré comme ayant fait seulement une ou quelques-unes d'entre un plus grand nombre de stipulations, car il faut stipuler et promettre spécialement chacune des choses.

Si le stipulant a pensé à un objet et le promettant à un autre, il n'y a pas plus d'obligation que si on n'avait pas répondu. Par exemple, si j'ai stipulé de vous l'esclave Stichus, et que vous ayez eu en vue Pamphile, que vous croyiez s'appeler Stichus.

Il faut que les parties soient en présence.

De la nécessité d'une interrogation et d'une réponse, il résulte que la stipulation ne peut avoir lieu qu'entre personnes présentes, même après la constitution de Léon.

§ 12. *Verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est.* Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, et non præsentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus : ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus, tales scripturas, quæ præsto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit, in ipso toto die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse.

L'obligation verbale contractée entre absents est nulle. Mais ce principe donnait l'occasion à des hommes processifs de faire naître des difficultés, en alléguant plus tard qu'il y avait eu absence d'eux ou de leurs adversaires. Pour couper court à ces chicanes, nous avons décidé, dans notre constitution adressée aux avocats de Césarée, qu'il fallait ajouter foi aux écrits constatant la présence des parties, à moins que celui qui conteste ne démontre évidemment par des preuves écrites ou par des témoins honorables qu'il y a eu absence de lui ou de son adversaire, durant toute la journée pendant laquelle l'acte a été fait.

Pourquoi les Romains préféraient la stipulation aux pactes.

Telles sont les formes de la stipulation. On peut se demander pourquoi les Romains ont toujours exigé la formalité de l'interrogation, plutôt que de se contenter, comme en droit français, du

(1) F. 1, § 4, *de verbor. obligat.*, 45, 1.

concours des volontés. A cette question, il faut faire une double réponse : dans l'ancien droit, la forme de la stipulation tient au caractère strict de la législation; c'est l'époque des formules sacramentelles dans la procédure, c'est le moment où l'on ne peut manciper à la fois plus de meubles qu'on n'en peut tenir dans la main, les règles applicables aux *obligationes verbis* ont la même allure rigoriste. Plus tard, on conserva dans la pratique la stipulation, parce qu'elle présentait l'avantage de bien préciser ce que les parties avaient eu l'intention de faire. L'interrogation appelait l'attention du promettant, qui pouvait alors se rendre compte de l'étendue de l'engagement qu'il allait contracter.

A. *Personnes qui peuvent faire la stipulation.*

Pour stipuler et pour promettre valablement, il faut avoir la capacité ordinairement exigée pour contracter une obligation civile; la stipulation ne peut donc pas avoir lieu entre les personnes qui sont dans une relation de *potestas*. Il faut la capacité ordinaire de s'obliger.

§ 6. Inutilis est stipulatio, si ab eo stipuleris, qui juri tuo subjectus est, vel si is a te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli; filii vero familias aliis obligari possunt.

La stipulation est inutile, si vous stipulez de celui qui est sous votre puissance, et réciproquement. L'esclave ne peut être obligé, ni vis-à-vis de son maître, ni vis-à-vis d'une autre personne; les fils de famille peuvent s'obliger vis-à-vis des étrangers.

Il faut, de plus, dans la stipulation, une certaine capacité physique, qui tient à la forme du contrat.

Le muet et le sourd.

§ 7. Mutum neque stipulari, neque promittere posse, palam est. Quod et in surdo receptum est : quia et is, qui stipulatur, verba promittentis, et is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed de eo, qui omnino non exaudit.

Il est évident que le muet ne peut ni stipuler, ni promettre. Ceci a été également admis pour le sourd, car celui qui stipule doit entendre les paroles du promettant, et celui-ci doit entendre les paroles du stipulant. Nous parlons, non de celui qui entend difficilement, mais bien de celui qui n'entend pas.

Celui qui stipule est appelé *reus stipulandi*, celui qui promet, *reus promittendi*.

La stipulation ne peut être faite que par les personnes qui y ont un intérêt plus ou moins immédiat ; c'est un principe absolu en droit romain, et qu'on formule en disant : Personne ne peut stipuler ou promettre pour autrui, et les Institutes portent, au titre *de inutilibus stipulationibus* : « Si quis alii quam cujus juri subjectus sit « stipuletur, *nihil agit*. » Si quelqu'un stipule pour une personne qui ne l'a pas *in potestate*, il ne fait rien (1). Stipulation et promesse pour autrui.

(1) Instit., liv. III, tit. XIX, § 4. — F. 11, *de obligat. et action*. D. 44, 7. — F. 73, § 4, *de regulis juris*. D. 50, 17.


Pourquoi on ne peut ni stipuler ni promettre pour autrui.

Nous avons déjà dit que le droit romain prohibait la représentation des personnes libres par d'autres personnes libres, soit pour l'acquisition des droits réels, soit pour l'acquisition des droits personnels ; ce principe avait subi des exceptions pour la procédure et de la possession, mais il resta toujours en vigueur pour les obligations. Les esclaves et les fils de famille pouvaient seuls stipuler pour celui qui a la *potestas*; si on voulait se faire représenter par un homme libre pour acquérir un droit personnel, il fallait prendre un biais. Le tiers stipulait pour lui, et cédait ensuite l'action acquise en constituant le cessionnaire *procurator in rem suam*; ou bien encore, après la naissance de l'obligation, on faisait une novation par changement de créancier.

Il faut bien saisir le point où s'arrête la prohibition du droit romain. On n'admet pas la stipulation on la promesse pour autrui, quand elles sont faites par une personne à laquelle l'affaire est complétement indifférente ; par un citoyen que l'accomplissement ou l'inaccomplissement de la convention ne peut ni enrichir, ni appauvrir. Mais si celui qui figure dans la stipulation a un intérêt plus ou moins direct à ce que le contrat produise son effet, on ne doit plus dire *nihil agit*; l'acte devient très-valable ; ce n'est plus par simple représentation que le stipulant interroge ou que le promettant répond, il n'y a plus convention pour autrui, mais bien convention pour les parties elles-mêmes. Peu importe qu'une tierce personne profite des conséquences de l'acte juridique, ce qui domine, c'est l'intérêt de ceux qui figurent directement dans le contrat. Paul, débiteur de Sempronius, stipule d'un tiers qu'il payera sa dette ; il y a, sans doute, intérêt pour Sempronius à être payé, mais il y a aussi intérêt pour Paul à ne plus être exposé à la *condictio*, à la *manus injectio* et à l'*addictio*, qui peuvent suivre le jugement rendu contre le débiteur. On peut formuler la règle en disant : le droit romain n'admet pas la représentation en matière d'obligations ; mais dès que le stipulant ou le promettant cessent d'être indifférents à ce qui suivra la convention, dès que la stipulation peut amener l'appauvrissement de l'un ou l'enrichissement de l'autre, il n'est plus permis de dire *nihil agit*, ce n'est plus une simple représentation, chacune des parties peut alors agir en justice, car l'intérêt est la mesure des actions.

Voyons comment les Institutes ont appliqué ces principes, soit au point de vue de la stipulation, soit au point de vue de la promesse pour autrui.

1° On ne peut pas stipuler par autrui.

Instit., l. III, tit. XIX. § 19. Alteri stipulari nemo potest : inventæ sunt enim hujusmodi obliga-	Personne ne peut stipuler pour autrui : ces manières de faire naître les

tiones ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, *quod sua interest*; cæterum, si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane, si quis velit hoc facere, *pœnam stipulari conveniet*, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum est, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest, pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo, si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de pœna? « Nisi dederis, tot aureos dare spondes? » tunc committitur stipulatio.

obligations ont été inventées pour que chacun agisse dans son intérêt; or, quand on donne à autrui, il n'y a aucun intérêt pour le stipulant. Si quelqu'un veut cependant agir ainsi, il devra ajouter une clause pénale, qui sera payée, comme effet de la stipulation, même à celui qui n'avait aucun intérêt, si le promettant n'exécute pas la convention; quand on stipule une peine, on n'examine pas l'intérêt du stipulant, mais bien la somme qui sert de condition à la stipulation. Si donc quelqu'un stipule qu'on donnera à Titius, la convention est nulle; mais s'il ajoute la clause pénale : « Promets-tu de me donner tant de pièces d'or si tu n'exécutes pas? » alors la stipulation produit son effet.

On peut toujours faire naître l'intérêt à l'aide de la clause pénale.

Ce paragraphe établit le principe, mais il donne en même temps un moyen de rendre efficaces toutes les stipulations pour autrui : il suffit de joindre à la convention une clause pénale. Promettez-vous de donner cent à Sempronius, et si vous ne le faites pas, promettez-vous de me donner mille? On fait quelquefois une objection à ce résultat, en disant : si la convention principale est nulle, il n'est pas permis de la valider par une clause accessoire. Mais il ne faut pas s'y tromper, dans l'exemple que nous avons donné, il n'y a pas une obligation principale et une obligation accessoire; il y a un contrat par lequel le débiteur est soumis à une dette alternative à son choix, car il peut payer au stipulant ou à Sempronius. Pour celui qui a fait insérer la clause pénale, il y a une créance conditionnelle; il recevra mille, si le promettant ne paye pas Sempronius. Ici l'intérêt est éventuel quant à sa réalisation, mais il n'en existe pas moins.

Stipulation pour l'héritier.

La jurisprudence romaine avait admis qu'on pouvait toujours stipuler pour soi et son héritier, parce que cette personne, succédant à tous les droits du défunt, ne peut pas être considérée comme lui étant étrangère; mais il faut que le droit ait pris ou pu prendre naissance sur la tête du stipulant (1).

Gaius. C. 3.

§ 100. Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur : « POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? » Vel ita : « CUM MORIERIS DARI SPONDES? » Id est, ut in novissimum vitæ tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur; nam inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem... Et quodammodo talis est :

Est inutile la stipulation dans laquelle quelqu'un contracte ainsi : « Promets-tu de donner après ma mort? » Ou bien : « Promets-tu de donner quand tu mourras? » C'est-à-dire quand on transporte l'obligation au dernier moment de la vie du promettant ou du stipulant, car il a paru contraire à l'élégance du droit de faire commencer l'obligation sur la

(1) F. 38, § 14. — F. 49, § 2, *de verbor. obligat.* D. 45, 1.

« HEREDI MEO DARI SPONDES? » Quæ sane inutilis est (1).

personne de l'héritier... La stipulation est en quelque sorte semblable à celle-ci : « Promets-tu de donner à mon héritier? » convention qui est évidemment nulle.

Conformément à ce principe, on pouvait donc stipuler pour soi et son héritier, mais on n'aurait pas pu le faire pour son héritier seulement.

Cas où l'on validait la stipulation pour autrui.

Avec le temps, on avait permis à certaines personnes d'intenter des actions utiles à l'occasion des stipulations faites dans leur intérêt, par des représentants qui étaient cependant *personæ liberæ et extraneæ*, ainsi pour les tuteurs, Alexandre Sévère écrivait : « Et « si tutores tui, cum pecuniam pupillarem crederent, *ipsi stipulati* « *sunt*, utilis actio tibi dabitur (2). » Bien que les tuteurs, en plaçant les sommes contenues dans le patrimoine du pupille, aient stipulé en leur propre nom, on te donnera cependant une action utile. Ulpien disait dans un autre cas : « Si procuratori præsentis « fuerit cautum, ex stipulatu actionem *utilem* domino competere « nemo ambigit. » Si on a donné au procureur d'une personne présente la caution *judicatum solvi*, ou *ratam rem dominum habiturum*, personne ne doute que le maître de l'affaire ne puisse agir par l'action *ex stipulatu* utile (3).

Quand on avait intérêt à la stipulation, toute difficulté disparaissait.

§ 22. Sed et si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cessit administratione contutori suo, et stipulatus est rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo et, si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit. Et si creditori suo, quod sua interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.

Si quelqu'un stipule pour autrui quand il y a intérêt, on a décidé que la stipulation serait valable. Ainsi, quand celui qui avait commencé à administrer, comme tuteur, les biens du pupille, cède la tutelle à un cotuteur, il fait valablement la stipulation *rem salvam pupilli fore*; car il a intérêt à l'accomplissement de cette promesse, puisqu'il serait engagé vis-à-vis du pupille en cas de mauvaise administration. De même, la stipulation par laquelle on demande qu'un livre à son procureur produira de l'effet. Enfin, est valable la stipulation ayant pour objet de faire payer son créancier, pour éviter l'application d'une clause pénale ou la vente des immeubles donnés en gage.

(1) Nous ne pensons pas, comme plusieurs jurisconsultes, qu'il y ait lieu à corriger le commencement du paragraphe de Gaius, pour arrivor à valider la stipulation *quando morieris*. Le raisonnement qui consiste à dire, quand on meurt, on n'est pas encore mort, est assez subtil pour n'avoir pas été admis par tous les auteurs. Du reste, en réalité, l'obligation de payer ne pourra jamais être accomplie que par l'héritier, et c'est là probablement ce que Gaius trouvait *inelegans*. — Cf. Instit., liv. III, tit. XIX, § 15. = (2) L. 2, Cod., *quando ex facto*, 5, 39. = (3) F. 79, *de verbor. obligat.* D. 45, 1.

Il s'était présenté une difficulté, quand dans la convention on stipulait tout à la fois pour soi et pour autrui. Stipulation pour soi et pour autrui.

§ 4. Quod si quis sibi et alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio; sed utrum totum debeatur, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est; sed *placet, non plus quam partem dimidiam ei acquiri*. Ei, qui tuo juri subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris, quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.

Que si on stipule dix pièces d'or, pour soi et pour une personne à la puissance de laquelle on n'est pas soumis, la stipulation est évidemment valable; mais on a hésité pour décider si le promettant devait toute la somme ou seulement la moitié, et il faut décider que la créance sera limitée à la moitié. Mais si vous stipulez pour la personne qui est sous votre puissance, vous acquérez pour vous, car votre voix est en quelque sorte celle de votre fils; de même que la voix de votre fils est considérée comme la vôtre, dans les cas où il peut acquérir pour vous.

Quand il y avait stipulation pour soi et pour autrui, les Sabiniens validaient le contrat sans aucune diminution, le créancier pouvait agir, « atque si extranei nomen non adjecisset; » les Proculéiens réduisaient l'engagement à la moitié de la somme convenue. C'est l'opinion qui a passé dans les Institutes (1).

2° Promesse pour autrui.

§ 3. Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, obligatur.

Si quelqu'un a promis qu'un tiers ferait ou donnerait, il n'est pas obligé; par exemple, s'il promet que Titius donnera cent. S'il a promis de faire en sorte que Titius donne, alors il est obligé.

Le commencement du paragraphe suppose une hypothèse qui se présentera rarement dans la pratique. Une personne promet que Titius accomplira tel acte, ou donnera telle somme, mais en faisant bien remarquer qu'elle n'entend aucunement s'engager; d'où il résulte que le créancier ne pourra agir ni contre Titius, qui n'a rien promis, ni contre le répondant à la stipulation, car il n'a pas voulu s'engager. Quand, dans les affaires, on rencontrera une semblable promesse, on sera bien plutôt tenté de l'interpréter dans le sens de la fin du texte, et de supposer que le promettant s'est engagé à faire faire quelque chose par le tiers indiqué (2). Cas où la promesse pour autrui lie ou ne lie pas le promettant.

Mais ordinairement, pour éviter toute difficulté, on joignait une clause pénale à la promesse du fait d'autrui. Dans le langage moderne, on désigne la promesse du fait d'autrui par l'expression *se porter fort*. Du reste, dans la législation romaine, comme dans la législation française, cet engagement aura une étendue différente suivant les cas. Tantôt on peut promettre seulement de faire ratifier Cas où l'on se porte fort.

(1) Cf. G. C. III, § 103. — F. 110, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. — (2) F. 81, *de verbor. obligat.* D. 45, 1.

l'acte par Titius, mais une fois la ratification intervenue, on ne garantit plus l'exécution; tantôt, au contraire, on se porte garant de l'exécution par le tiers, en promettant de payer une somme déterminée ou des dommages et intérêts si le fait n'est pas accompli (1). C'est alors une sorte de cautionnement.

Quand une personne promet tout à la fois pour elle et pour autrui, il faut admettre en principe que l'obligation vaudra pour le tout; par exemple, quand il y a une stipulation ainsi conçue: « Promettez-vous, en votre nom et au nom de Séius, de me donner cent? » Si la personne interrogée répond : « Je le promets, » on pourra lui demander toute la somme. Cependant on avait fini par décider, même dans ce cas, que le promettant ne serait tenu que pour moitié.

Quand on promet pour soi, on est également censé promettre pour ses héritiers, puisqu'ils succèdent à tous les engagements qui ne s'éteignent pas avec la personne. Mais le jurisconsulte Julien fait remarquer qu'il est inutile de mentionner les héritiers dans la convention; car, ou bien il n'y aura qu'un seul successeur tenu de toutes les dettes, ou bien il y en aura plusieurs entre lesquels elles se partagent, sans qu'il soit permis de les mettre à la charge de l'un plutôt qu'à la charge de l'autre : « Et quamvis convenisse videatur « ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum « conventum coheredibus ejus erit (2). » Et bien qu'on soit convenu que la dette devrait être demandée à l'un des héritiers, ce pacte ne profite pas aux autres successeurs, en ce sens qu'on pourra toujours venir leur demander leur part.

Stipulation pour et par les personnes qui sont *in potestate*.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer plusieurs fois, les principes de la stipulation et de la promesse pour autrui ne sont pas applicables aux personnes entre lesquelles il y a relation de *potestas*. Le § 4 du titre *de inutilibus stipulationibus*, aux Institutes, permet au père, comme nous l'avons vu plus haut, de stipuler pour son fils; cependant, si l'objet de la convention était un fait tout personnel au fils, par exemple, *ut ire liceat*, qu'il lui soit permis de passer, Paul dit que le contrat est nul; « inutilis erit stipulatio. » Le père n'ayant ici aucun intérêt, on ne peut plus dire qu'il soit *vox filii loquentis* (3).

Les fils de famille et les esclaves acquièrent, en stipulant, pour la personne qui a la *potestas* sur eux, sans qu'elle le sache et même souvent malgré elle (4). Du reste, ce principe recevait de grandes exceptions pour le fils de famille, quand il stipulait un fait personnel ou quand il traitait à l'occasion de son pécule castrans ou

(1) F. 38, § 2, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. = (2) F. 56, § 1. *de verbor. obligat.* D. 45, 1. = (3) F. 39, 130, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. = (4) F. 45, pr., § 4. — F. 62., *de verbor. obligat.* D. 45, 1.

quasi castrans ; l'existence de la capacité personnelle du fils de famille avait facilité la solution des questions qui se présentaient. La condition des esclaves présentait plus de difficultés ; aussi les Institutes ont-elles consacré un chapitre spécial à cette matière (liv. III, tit. XVII).

Stipulations par les esclaves.

Le premier principe à poser, c'est que l'esclave n'ayant aucune capacité, *nullum caput*, est obligé d'emprunter en quelque sorte celle de son maître, d'où cette conséquence, que la stipulation est impossible pour le *servus derelictus a domino* (1), puisqu'il ne peut plus se rattacher à une personne capable. Cependant, les esclaves d'une corporation ou de la république, les esclaves d'un fou, d'un muet, d'un sourd, pouvaient faire un contrat verbal, quoique leur maître fût dans l'impossibilité physique de stipuler : on avait admis ceci par faveur pour les maîtres ; il suffisait qu'ils eussent la jouissance du droit pour que l'esclave pût en avoir l'exercice (2).

Instit., liv. III, tit. XVII.

Pr. Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed *hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet* : ideoque, quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

L'esclave a, par son maître, le droit de stipuler. Comme l'hérédité continue, dans presque tous les cas, la personne du défunt, le bénéfice de la stipulation faite par l'esclave héréditaire avant l'adition est acquis à l'hérédité, et par suite à l'héritier qui accepte plus tard.

Stipulation par l'esclave héréditaire. Discussion des deux écoles.

Il y avait une difficulté sur la forme à employer par l'esclave héréditaire. Les Proculéiens pensaient qu'il devait, à peine de nullité, stipuler *ex persona defuncti*, au nom du defunt : « Promittisne dare domino meo Titio defuncto? » Les Sabiniens, au contraire, en se fondant sur ce que l'adition a un effet rétroactif, voulaient que l'esclave stipulât *ex persona heredis futuri* (3). Du reste, l'esclave héréditaire ne pouvait stipuler aucun de ces droits, qui n'existent qu'autant qu'ils s'appliquent immédiatement à une personne déterminée, comme l'usufruit, l'usage ou l'habitation (4).

Le bénéfice de toute stipulation est acquis au maître.

§ 1. Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est et in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

Que l'esclave stipule pour son maître, ou pour lui-même, ou pour un de ses compagnons d'esclavage, ou d'une manière générale, il acquiert toujours pour son maître. Il en de même pour les enfants qui sont en puissance de leur père, dans les cas où ils peuvent acquérir.

Dans tous ces cas, l'action sera exercée par le chef de famille, qui pourra seul demander des dommages et intérêts, si le débiteur refuse d'exécuter le fait promis au fils ou à l'esclave (5).

(1) F. 36, *de stipulat. servor.* D. 45, 3. = (2) F. 35, *de stipulat. servor.* D. 45, 3. — F. 22, § 9, *mandati.* D. 17, 1. = (3) F. 16, 28. — F. 35, *de stipulat. servor.* D. 45, 3. — F. 27, § 10, *de pactis.* D. 2, 14. = (4) F. 26, *de stipulat. servor.* D. 45, 3. = (5) F. 38, § 7-8, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. — Sur la capacité du fils de famille et de l'esclave, V., *passim*, M. de Savigny, *Traité de Droit romain*, t. II, p. 17 à 134.

Exception.

§ 2. Sed cum *factum* in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur, veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat : ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

Lorsque la stipulation a pour objet un fait, on s'en tient à la personne même du stipulant ; si, par exemple, un esclave stipule un droit de passage, c'est lui, et non pas son maître, qu'il faut laisser passer.

Il ne s'agit pas ici de la servitude de passage, car elle ne pourrait être acquise que par le maître ; l'esclave a seulement stipulé, en fait, qu'on le laisserait passer : il y a bien une obligation, mais non pas engagement de constituer un droit réel.

Stipulation par l'esclave commun.

§ 3. Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione dominii acquirit, nisi si *unius* eorum *jussu*, aut *nominatim cui* eorum stipulatus est : tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur, veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.

L'esclave commun acquiert, en stipulant, pour chacun de ses maîtres, proportionnément à leur propriété, à moins qu'il n'agisse par ordre de l'un d'entre eux, ou qu'il ne stipule formellement au nom de l'un d'eux ; alors il acquiert pour celui-là seulement. Si ce que l'esclave commun stipule ne peut pas être acquis à l'un des maîtres, il y aura acquisition pour l'autre ; par exemple, si la chose stipulée appartient à l'un des propriétaires.

Quand il y a stipulation par un esclave commun, on applique les principes que voici :

1° Il y a acquisition pour tous les maîtres, proportionnément au droit de propriété qu'ils ont sur la personne de l'esclave (1).

2° Si l'ordre de stipuler a été donné par l'un des maîtres seulement, ou s'il a été entendu dans la stipulation que le contrat ne concernait que tel propriétaire désigné, les autres ne peuvent pas invoquer les conséquences juridiques de cet acte.

3° Le principe est le même quand la chose ne peut être acquise que par certains maîtres. Si, par exemple, l'esclave stipulait un fonds italique, et qu'il y eût un pérégrin parmi les propriétaires, ou bien si la chose appartenait déjà à l'un d'eux (2).

Il paraît cependant que la règle avait souffert difficulté, et Gaïus nous apprend qu'il y avait discussion entre les deux écoles sur l'effet de la stipulation ordonnée par un seul maître :

Gaius, C. 3.

§ 167. Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est, excepto eo quod *uni nominatim* stipulando, vel mancipando aut mancipio accipiendo, illi soli adquirit, velut cum ita stipuletur : TITIO DOMINO MEO DARI SPONDES? aut cum ita mancipio accipiat : HANC REM EX JURE QUIRITIUM LUCII TITII DOMINI MEI ESSE AIO, EAQUE EI EMPTA ESTO HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA.

Il est certain que l'esclave commun acquiert à chaque maître, suivant sa part, excepté quand il fait la stipulation ou la mancipation pour l'un d'eux *nominativement*. Ainsi : « Promettez-vous de donner à mon maître Titius? » ou bien, dans la mancipation : « Je dis que cette chose est à mon maître Lucius Titius suivant le droit romain, et qu'elle lui est acquise par ce lingot d'ai-

(1) F. 5, *de stipulat. servor.* D. 45, 3. — (2) F. 1, § 4, *de stipulat. servor.* D. 45, 2.

Illud quæritur an quod domini nomen adjectum efficit, idem faciat *unius ex dominis jussum intercedens*. Nostri præceptores perinde *ei qui jusserit soli* adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus, mancipiove accepisset. Diversæ scholæ auctores proinde *utrisque adquiri putant*, ac si nullius jussum intervenisset.

rain placé dans cette balance. » On demande si l'*ordre* donné par l'un des maîtres produirait le même effet que l'adjonction de son nom. Nos maîtres les Sabiniens pensent qu'il acquiert exclusivement pour celui qui a donné l'ordre comme pour celui qui a été seul nommé; les Proculéiens soutiennent que l'esclave acquiert pour tous les maîtres, sans distinction, comme s'il n'y avait pas eu d'ordre.

A l'époque de Justinien, la question est tranchée dans le sens des Sabiniens (1).

La stipulation pouvait enfin être faite par un esclave dont on avait seulement l'usufruit ou la possession de bonne foi; on appliquait alors les règles que nous avons mentionnées, tome I, page 224, en traitant de l'acquisition des droits réels. Si on stipulait *ex re fructuarii*, ou à l'occasion des travaux de l'esclave, l'usufruitier pouvait agir en vertu de la stipulation; si on était en dehors de ces limites, la convention profitait au nu-propriétaire, à moins qu'on n'eût agi *contemplatione fructuarii* (2). Stipulation par l'esclave dont on a l'usufruit ou l'usage.

§ 1. Item per liberos homines et alienos servos, quos bona fide possidetis, acquiritur vobis, sed tantum ex duabus causis, id est, *si qu d ex operibus suis vel ex re vestra acquirant*.

De même vous acquérez par les hommes libres et les esclaves d'autrui que vous possédez de bonne foi, mais seulement pour deux causes, si cela tient à leurs travaux ou si c'est à l'occasion de vos biens. Instit., l. III, tit. XXVIII.

§ 2. Per eum quoque servum, in quo usumfructum vel *usum* habetis, similiter ex duabus istis causis vobis acquiritur.

Dans les deux cas, vous acquérez par les esclaves sur lesquels vous avez le droit d'usufruit ou d'usage.

Justinien et Théophile semblent assimiler ici l'esclave sur lequel on a le droit d'usage à celui dont on a l'usufruit. On a fait remarquer avec raison qu'Ulpien ne permettait pas de faire faire la stipulation par l'esclave soumis à l'usage, si ce n'est à l'occasion de la chose à l'usager : « Et si quidem ex operis servi, non valebit, quo« niam nec locare operas ejus possumus (3). » Il faut donc entendre le paragraphe des Institutes comme s'appliquant seulement à la première classe de stipulations, à moins qu'on n'accepte une autre interprétation, fondée sur les paroles de Théophile. Les rédacteurs auraient eu en vue le cas de l'esclave qui se serait loué à l'insu de l'usager; celui-ci, privé de l'usage auquel il avait droit, aurait reçu comme indemnité la somme stipulée par l'esclave.

(1) Instit., liv. III, tit. 28, § 3. — Remarquons que les esclaves ou les fils ne pouvaient pas faire la *cessio in jure* au nom du chef de famille; on se montrait plus rigide que pour la mancipation, à cause des paroles de la revendication. G. II, § 96. = (2) F. 24-25, *de usufruct.* D. 7, 1. = (3) F. 14, *de usufruct.* D. 7, 1.

B. *Objets qui peuvent être compris dans les stipulations.*

Instit., l. III, tit. XIX. Tout ce qui est dans le commerce peut faire l'objet d'une stipulation.

Pr. Omnis res, quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis, sive soli sit.

Tout ce qui est dans notre patrimoine peut faire l'objet de la stipulation; peu importe que la chose soit mobilière ou immobilière.

Il est permis de prendre pour objet de la stipulation des choses futures, comme les fruits que doit produire un champ (1); mais on ne peut pas stipuler des objets qui n'existeront jamais.

§ 1. At, si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.

Si quelqu'un stipule une chose qui n'existe pas ou qui ne peut pas exister, comme l'esclave Stichus, qui est mort et qu'on croyait vivant, ou bien un hippocentaure, animal fabuleux, la stipulation sera inutile.

Il faut enfin que la chose stipulée soit dans le commerce.

§ 2. Idem juris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, *vel cujus commercium non habuerit*, vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendente erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere potest: *sed protinus inutilis est.* Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum qua causa, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguetur stipulatio. Ac ne statim ab initio talis stipulatio valebit: *Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes?* et similia: quia, quæ natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.

La stipulation est également nulle quand on stipule une chose sacrée, ou religieuse, qu'on croyait profane; ou bien une chose publique destinée à l'usage de tous, comme le forum, un théâtre, un temple; ou bien un homme libre qu'on croyait esclave; ou un esclave dont on n'avait pas le *commercium*; ou bien enfin, sa propre chose. La stipulation ne sera pas en suspens parce que la chose publique peut devenir privée; que l'homme libre peut devenir esclave; que le stipulant peut obtenir le *commercium*, ou que le propriétaire peut aliéner sa chose. La stipulation est immédiatement nulle. Par contre, bien qu'une stipulation ait d'abord valablement porté sur une chose qui passe, sans le fait du débiteur, dans l'un des états que nous avons mentionnés, la convention est éteinte. Du reste, dès l'origine, on ne pourrait pas stipuler: « Promettez-vous Lucius Titius quand il sera esclave? » et autres cas semblables, parce que les choses qui sont par leur nature hors de notre domaine ne peuvent faire l'objet des conventions.

Incapacités relatives pour le *commercium*.

Il y a pour le *commercium* des incapacités relatives: ainsi, le tuteur pour les biens de son pupille; le gouverneur de province pour les champs situés dans le territoire qu'il administre; puis le juif, l'hérétique ne peuvent pas stipuler un esclave chrétien (2). Mais ces diverses personnes s'engageraient valablement à faire avoir à des

(1) F. 73, 75, § 4, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. — (2) L. 56, § 3, Cod., *de episcop.*, 1, 3. — L. 1, Cod., *ne christianum mancipium*, 1, 10.

stipulants les choses mêmes dont elles n'ont pas le *commercium*; car alors, il s'agirait uniquement pour elles de débourser une somme d'argent suffisante pour faire transférer la propriété au créancier capable d'acquérir (1).

Comme il s'agit ici d'un contrat de droit strict, le stipulant, trompé sur le caractère de la chose, ne pourra pas demander des dommages et intérêts. Cependant, Vinnius pense que, dans le cas de contrat à titre onéreux, on pourrait, suivant les circonstances, intenter l'action de dol. Il se fonde sur ce passage de l'édit : « Quæ « dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et « justa causa esse videbitur, judicium dabo (2). »

Quand l'objet de la stipulation était hors du commerce au moment de la convention, peu importait qu'il y rentrât ensuite: il n'y en avait pas moins nullité du contrat. C'était surtout à cette classe d'actes qu'on appliquait la règle : « Quod initio vitiosum est, non « potest tractu temporis convalescere (3). »

§ 22. Item nemo rem suam futuram in eum casum, quo sua fit, utiliter stipulatur.

De même, personne ne stipule valablement qu'on lui donnera une chose à une époque où il en sera propriétaire.

Il y a là une nullité fondée sur la raison, qui fait défendre à un propriétaire de stipuler sa propre chose; mais cette interdiction n'est applicable qu'aux stipulations pures et simples, aussi Pomponius dit-il : « Si rem meam *sub conditione* stipuler, utilis est stipulatio, si « conditionis existentis tempore mea non sit (4). » Si je stipule ma chose sous condition, le contrat est valable, pourvu qu'elle ne soit plus à moi au moment où la condition se réalise.

On peut enfin prendre comme objet de stipulation un fait ou une abstention. **Clause pénale jointe à la stipulation d'un fait ou d'une abstention.**

§ 7. Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta : ut si stipulemur, fieri aliquid, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse si actori probare, quid ejus intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici pœna debet: *Si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?* Sed si, quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur, clausula erit hujusmodi adjicienda : *Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non erit,*

Non-seulement on peut stipuler des choses, mais encore des faits; si nous stipulons, par exemple, qu'on fera ou qu'on ne fera pas. Dans les stipulations de ce genre, il sera excellent d'ajouter une clause pénale, pour éviter qu'il y ait incertitude sur la somme, et que le stipulant n'ait pas à prouver la mesure de son intérêt. Si quelqu'un stipule donc un fait, il devra ajouter ainsi la clause pénale : « Si vous ne le faites pas, promettez-vous de me donner dix à titre de peine? » De même si on stipule tout à la fois des faits et des abstentions, il faudra ajouter une clause dans

(1) F. 34, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. = (2) F. 1, 1, *de dolo malo.* D. 4, 3. = (3) F. 29, *de regulis juris.* D. 50, 17. = (4) F. 31, *de verbor. obligat.* D. 45, 1.

tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?

le genre de celle-ci : « Si vous agissez contrairement à la convention, ou bien si vous n'agissez pas dans tel sens, promettez-vous de me donner dix à titre de peine? »

Cette clause pénale est la détermination faite par les contractants des dommages et intérêts que devra le débiteur en cas d'inexécution; on évite ainsi l'incertitude sur les évaluations que pourraient faire le *judex* ou les récupérateurs.

Des auteurs pensent que dans l'origine, toute stipulation portant sur un fait ou une abstention était nulle, si on n'y joignait pas une clause pénale; ils se fondent sur ce que le caractère rigide du contrat verbal ôtait au juge une partie de sa liberté d'évaluation, ce qui amenait une grande incertitude sur l'objet de l'obligation. Ils admettent cependant qu'avec le temps, on s'était départi de cette règle sévère (1).

SECTION III. — Des stipulations accessoires.

Sommaire. — 1. *De l'adstipulation.* — 2. *Des* sponsores, *des* fidepromissores *et des* fidejussores. *Bénéfices de division et de discussion.* — 3. *Du* receptitium. — 4. *Du constitut.* — 5. *Théorie du sénatus-consulte Velléien.*

On entend par stipulations accessoires, les contrats verbaux que font les parties à l'occasion d'une obligation antérieure, présente ou future.

On peut ranger dans deux classes les stipulations accessoires : 1° l'*adstipulatio*; 2° les conventions connues sous le nom générique de *cautiones*, parce qu'on s'engage pour assurer l'exécution de l'obligation contractée par un tiers.

1° *Adstipulatio.*

Gaius. C. III.

§ 110. Possumus tamen ad id quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipulatur : quem vulgo adstipulatorem vocamus.

Nous pouvons faire intervenir dans nos stipulations une personne qui stipule la même chose; on l'appelle adstipulateur.

Ce que c'est que l'adstipulator; son utilité.

L'adstipulateur est donc une personne qui vient prendre part à la stipulation intéressant un tiers, en faisant des interrogations comme si l'affaire la regardait personnellement. Il y avait utilité dans deux cas à faire intervenir un adstipulateur :

1° Quand on stipulait *post mortem suam*, la convention était nulle d'après le droit civil, mais l'adstipulateur survivant agissait valablement pour obtenir le payement, car il était considéré comme créancier, *correus stipulandi* (2).

§ 111. Sed huic proinde actio competit, proindeque ei recte solvitur ac nobis : sed quiquid consecutus erit,

L'adstipulateur a l'action, et on le paye aussi valablement que le vrai créancier; mais il est ensuite tenu par l'ac-

(1) Arg. F. 66, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. = (2) G. C. III, § 117.

mandati judicio nobis restituere cogetur.

tion de mandat de rendre tout ce qu'il a reçu.

2° Le stipulant pouvait encore faire intervenir l'*adstipulator* quand il craignait d'être absent au moment de l'échance: de cette manière, l'action destinée à contraindre le débiteur pouvait être intentée sans aucun retard.

Bien que l'*adstipulator* fût en réalité un mandataire, il n'était pas obligé d'employer les formes suivies par le mandant; il pouvait même modifier, sous certains points de vue, le fond de la convention : *Formes de l'adstipulatio.*

§ 112. Cæterum potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos usi sumus; itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim : DARI SPONDES? ille sic stipulari potest : IDEM FIDE TUA PROMITTIS? Vel : IDEM FIDEJUBES? vel contra.

Du reste, notre adstipulateur peut employer d'autres paroles que nous. Si j'ai stipulé, par exemple : *Dari spondes?* L'adstipulant peut se servir des termes : *Idem fide tua promittis?* ou bien : *Idem fidejubes?* et réciproquement.

§ 113. Idem *minus* adstipulari potest, *plus* non potest : itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest; contra vero plus non potest. Item si ego *pure* stipulatus sim, ille *sub conditione* stipulari potest; contra vero non potest : non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus.

§ 113. De même, il peut adstipuler moins, mais il ne peut pas adstipuler plus. Donc, si j'ai stipulé dix, il peut stipuler cinq, mais il ne pourrait pas faire le contraire. Puis, si j'ai stipulé purement et simplement, il peut le faire sous condition; mais il ne pourrait pas renverser cette hypo hèse; la notion du plus ou du moins existe, en effet, dans le temps comme dans les quantités; on donne plus en livrant actuellement, on donne moins en livrant après un certain délai.

C'est par l'idée de mandant qu'on peut expliquer certaines règles, concernant les personnes qui font l'*adstipulatio*, et que Gaïus appelle *jus singulare*. *Jus singulare en matière d'adstipulation.*

§ 114. In hoc autem jure quædam singulari jure observantur; nam adstipulatoris heres non habet actionem. Item servus adstipulando nihil agit, *quamvis* ex cæteris omnibus causis stipulatione domino adquirit. Idem de eo qui in mancipio est, magis prævaluit; nam et is servi loco est. Is autem qui in potestate patris est, agit aliquid; sed parenti non acquirit, quamvis ex omnibus cæteris causis stipulando ei acquirat : ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis, veluti morte ejus, aut quod ipse flamen dialis inauguratus est. Eadem de filiafamilias et quæ in manu est, dicta intelligimus.

Dans cette matière, il y a des règles anormales; car l'héritier de l'adstipulateur n'a pas l'action. L'esclave qui se porte adstipulateur ne fait rien, bien que dans les autres cas il acquière pour son maître en stipulant. On a admis la même solution pour celui qui est *in mancipio*, car on l'assimile à l'esclave. Le fils en puissance paternelle ne fait pas un acte nul, mais il n'acquiert point pour son père, bien que cela ait lieu pour toutes les autres stipulations; lui-même, il ne peut intenter l'action que s'il sort de la puissance paternelle sans *capitis deminutio*, ainsi par la mort du père, ou parce qu'on le crée flamine dialis. Nous appliquons les mêmes principes à la fille de famille et à la femme qui est *in manu*.

Reprenons ces diverses décisions. L'action de l'*adstipulator* ne passe pas à ses héritiers, parce que le mandat finit toujours à la mort du mandataire. L'esclave et l'individu *in mancipio* ne peuvent pas être *adstipulatores*, parce qu'ils n'ont pas une capacité personnelle qui leur permette de recevoir un mandat; et comme le fils de famille émancipé passe ordinairement par le *mancipium*, on comprend que l'*adstipulatio* cesse de produire ses effets quand on l'émancipe en employant les trois ventes successives.

L'adstipulation tomba en désuétude sous les empereurs. A l'époque de Justinien, elle est inutile, d'un côté parce qu'on admet très-facilement la représentation en justice, et de l'autre, parce qu'il est permis de stipuler « post mortem suam (1). »

2° *Cautiones. Stipulations accessoires ayant pour objet de garantir la dette d'autrui.*

Gaïus énumère les diverses stipulations qui peuvent avoir lieu dans ce cas.

§ 115. Pro eo quoque qui promittit, solent alii obligari : quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fidejussores appellamus.

Il arrive souvent que des personnes s'engagent pour ceux qui promettent. Nous appelons ces personnes, soit *sponsores*, soit *fidepromissores*, soit fidéjusseurs.

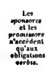
Classes diverses des *cautiones*. Formes de stipulation employées.

Ces dénominations viennent de la forme employée pour faire naître l'obligation :

Aux *sponsores* on demandait : « Idem dari SPONDES? » d'où il résulte que les citoyens romains pouvaient seuls prendre cet engagement (2). On interrogeait les *fidepromissores* par la formule : « Idem FIDE PROMITTIS? » Enfin on employait pour les fidéjusseurs diverses formules : « Idem FIDE TUA ESSE JUBES? IDEM DABIS? IDEM FACIES? »

Si le but était le même dans les trois cas, les principes applicables aux diverses *cautiones* étaient bien différents; cela tenait à ce que la *sponsio* et la *fidepromissio* étaient réglementées par le droit civil strict, tandis que la fidéjussion se rapprochait des institutions du droit des gens ; aussi les deux premiers modes tombèrent en désuétude, et ils furent remplacés par la fidéjussion.

A. *Des sponsores et des fidepromissores.*


Les *sponsores* et les *promissores* s'accèdent qu'aux obligations *verbis*.

Ces garants ne pouvaient accéder qu'à des obligation verbales; mais ici la forme l'emportait en quelque sorte sur le fond, car s'il y avait eu stipulation faite dans les formes voulues, on validait les engagements accessoires, malgré la nullité de l'obligation principale; ainsi dans la stipulation *post mortem suam*, ou bien quand le pupille s'engageait sans l'*auctoritas* du tuteur, etc. Cependant on discutait

(1) Instit. liv. III, tit. 19, § 13 — (2) G. C. III, § 116, 93.

la question de savoir si les *sponsores* et les *fidepromissores* pouvaient accéder à la promesse d'un esclave ou d'un pérégrin (1).

Ces garants devaient s'engager ou moment même où l'obligation principale prenait naissance. Chacun d'eux pouvait être poursuivi pour le tout, *in solidum*. Leur engagement était personnel et ne passait pas à leurs héritiers (2).

Ils s'engagent au moment de la convention principale. Comment ils sont tenus.

Deux plébiscites vinrent successivement réglementer ces institutions.

Une loi Apuléia, *de sponsu* (an 652 de Rome), applicable même hors de l'Italie, établit une certaine société entre ceux qui étaient *sponsores* ou *fidepromissores*. Celui qui avait payé et qui n'était pas remboursé par le débiteur principal recourait par portions viriles contre les autres cautions. C'est pour cela que le créancier était tenu de faire savoir aux *sponsores* ou *fidepromissores* qui s'engageaient combien de cautions devaient accéder à la dette, car alors on pouvait se rendre compte exactement des chances courues; à défaut de cette indication, les cautions venaient, après trente jours, demander leur libération au magistrat, en posant une question préjudicielle : « An ex ea lege prædictum sit (3). »

Société établie entre les *sponsores*.

Quelques années plus tard (an 659 de Rome), la loi Furia, *de sponsu*, divisa de plein droit la dette entre tous les engagés accessoires. Chacun d'eux ne devait payer que sa part virile, même quand les autres coobligés seraient insolvables; le créancier qui aurait exigé plus était soumis à la *manus injectio pro judicato*, et devenait *addictus* s'il ne remboursait pas les sommes reçues contrairement à la loi; enfin les *sponsores* et les *fidepromissores* étaient libérés de la dette après un délai de deux ans.

Loi Furia de *sponsu*, pour l'Italie seulement. Division de la dette. Libération après deux ans.

Une remarque bien importante à faire, c'est que la loi Furia n'était applicable qu'en Italie. Dans les provinces, on continua donc à appliquer la loi Apuléia (4).

Quand les *sponsores* et *fidepromissores* avaient payé la dette, ils recouraient par l'action *mandati* contre le débiteur principal. Les *sponsores* avaient même reçu une protection toute spéciale; la loi Publilia (an 659 de Rome) leur donnait une action *depensi in duplum* et la *manus injectio pro judicato*, s'ils n'étaient pas remboursés six mois après le payement (5).

Actio mandati, et *depensi* quand ils ont payé.

Il faut enfin noter une loi Cornélia, qui limita le droit de cautionner dans certaines circonstances.

Restrictions apportées par la loi Cornelia (an 659 de Rome).

§ 124. **Sed beneficium legis Corneliæ omnibus commune est. Qua lege idem pro eodem, apud eumdem, eodem**

Le bénéfice de la loi Cornélia est commun à toutes les cautions. Cette loi défend de s'obliger pour un prêt de

(1) G. C. III, § 119. = (2) G. C. III, § 120. 121, 123. = (3) G. C. III, § 122-123. = (4) G. C. III, § 121. — C. IV, § 22. = (5) G. C. III, § 127. — C. IV, § 22.

anno, vetatur in ampliorem summam obligari creditæ pecuniæ, quam in XX millibus : et quamvis sponsor vel fidepromissor in ampliorem pecuniam, velut [si] *in* sestertium C millia *se obligaverit, non tamen tenebitur*. Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam quam credendi causa damus, sed omnem quam, tunc *cum* contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est (*quæ*) sine ulla conditione deducitur in obligationem. Itaque et ea pecunia quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem pecuniæ, omnes res in ea lege significantur : si itaque vinum vel frumentum, et si fundum vel hominem stipulemur, hæc lex observanda est.

somme dépassant vingt mille sesterces, à l'occasion de la même dette, pour la même personnne, vis-à-vis du même créancier, dans la même année; et si un *sponsor* ou un *fidepromissor* a garanti une dette plus forte, par exemple, cent mille sesterces, il n'est pas tenu. Nous entendons par somme prêtée, non-seulement celle qui est comptée au moment du contrat, mais encore celle qui sera due certainement, c'est-à-dire celle qu'on fait figurer dans l'obligation, sans aucune condition. Donc la somme que nous stipulons, à un terme certain, est dans cette position, puisqu'il est sûr qu'on viendra la demander. Par le mot *pecunia*, cette loi signifie toute espèce de choses; il faudra donc l'appliquer si nous stipulons du vin, du blé, un fonds ou un esclave.

Cas où elle n'est pas applicable.

§ 125. Ex quibusdam tamen causis permittit ea lex in infinitum satis accipere, veluti si dotis nomine, vel ejus quod ex testamento tibi debeatur, aut jussu judicis satis accipiatur; et adhuc lege vicesima hereditatum cavetur, ut ad eas satisdationes quæ ex ea lege proponuntur, lex Cornelia non pertineat.

Il y a des cas dans lesquels la loi permet de cautionner sans limites; par exemple, pour la dot, ou bien pour assurer le payement de ce qui est dû en vertu d'un testament, ou bien si la caution est ordonnée par le juge; puis, enfin, la loi Cornélia n'est pas applicable quand il s'agit de cautionner, près du fisc, le payement du vingtième des successions.

La loi Cornélia avait pour but de protéger les cautions contre des engagements considérables qu'elles auraient peut-être pris trop légèrement; mais rien n'empêchait de cautionner diverses personnes ou diverses dettes, de manière à dépasser vingt mille sesterces.

B. *Des fidéjusseurs.*

Les fidéjusseurs sont aussi des personnes qu'on fait intervenir pour assurer le payement d'une dette, lorsqu'on doute de la solvabilité du débiteur principal.

Instit., l. III, tit. XX.

Les fidéjusseurs peuvent garantir toute espèce de dettes.

§ 1. In omnibus autem obligationibus assumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjiciatur fidejussor, adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus, in id, quod sibi naturaliter debetur.

Ils peuvent accéder à toutes les obligations, *re, verbis, litteris*, ou *consensu*; Peu importe que l'engagement auquel on ajoute un fidéjusseur soit civil ou naturel, à tel point qu'on peut le faire intervenir pour un esclave, soit vis-à-via d'un étranger, soit vis-à-vis du maître qui reçoit un fidéjusseur pour ce que l'esclave lui doit naturellement.

Ainsi, la fidéjussion était infiniment plus large que la *sponsio* ou la *fidepromissio*, puisqu'elle pouvait s'appliquer à toutes les obligations, sans distinguer l'acte juridique qui les avait fait naître.

Nous avons déjà rapporté les formules employées par les fidéjusseurs pour s'engager, mais ces paroles n'étaient pas sacramentelles. On pouvait employer dans la stipulation le verbe qu'on voulait; il était également permis de se servir d'un idiome étranger.

Forme de l'engagement.

§ 7. Græce fidejussor plerumque ita accipitur : Τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, sive βούλομαι; sed et, si φημὶ dixerit, pro eo erit, ac si dixerit λέγω.

Souvent le fidéjusseur s'oblige en grec : « J'engage ma foi, je dis, je veux... » S'il a dit φημὶ, ce sera comme s'il avait dit λέγω.

L'intervention pouvait avoir lieu à toutes les époques.

Quand peut intervenir le fidéjusseur.

§ 3. Fidejussor et præcedere obligationem, et sequi potest.

Le fidéjussenr peut précéder l'obligation ou la suivre.

Il est bien évident que la fidéjussion peut prendre naissance en même temps que l'obligation principale. On permettait aussi de cautionner une première caution : « Pro fidejussore, fidejussorem « accipi, nequaquam dubium est (1). »

Toute personne capable de s'obliger pouvait faire la fidéjussion; le fils de famille lui-même prenait valablement cet engagement; et dans ce cas, suivant l'opinion de Sabinus, le père était tenu de l'action *de peculio* (2). Il en était autrement pour l'esclave; sa fidéjussion était nulle : le maître aurait eu la *condictio indebiti* pour le payement opéré avec l'argent du pécule, à moins que l'acte n'ait eu lieu précisément pour l'avantage des biens dont l'administration était confiée à l'esclave (3).

Qui peut être fidéjusseur.

Pour être valable, la fidéjussion doit avoir le même objet que la dette principale (4). Comme conséquence de ce principe, on avait décidé que le fidéjusseur ne pouvait pas promettre plus que le débiteur principal; car ce qui dépassait la première obligation constituait un engagement différent.

Conditions de validité. Identité d'objet.

§ 5. Fidejussores ita obligari non possunt, ut *plus debeant*, quam debet is, pro quo obligantur : nam et eorum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest, quam in principali re. At ex diverso, *ut minus debeant*, obligari possunt. Itaque, si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur; contra vero non potest obligari. Item, si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest; contra vero non potest. Non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur. Plus

Les fidéjusseurs ne peuvent pas s'obliger de manière à devoir plus que le débiteur principal; car leur engagement est un accessoire de l'engagement principal, et il ne peut pas y avoir plus dans l'accessoire que dans le principal. Mais ils peuvent, au contraire, s'engager de manière à devoir moins. Si donc le débiteur a promis dix *aurei*, le fidéjusseur s'engagera valablement pour cinq; mais la proposition inverse ne serait pas vraie. De même, si l'obligation est pure, le fidéjusseur peut s'engager sous condition; le contraire ne serait pas vrai. Ce n'est pas seulement

(1) F. 8, § 12, *de fidejussorib.* D. 46, 1. = (2) F. 3, § 9, *de peculio.* D. 15, 1. = (3) F. 19-20, *de fidejussorib.* D. 46, 1. = (4) F. 42. *de fidejussorib.* D. 46, 1.

est enim, statim aliquid dare; minus est, post tempus dare.

dans la quantité, mais aussi dans le temps qu'il y a plus ou moins. Donner une chose actuellement, c'est payer plus; livrer après un certain délai, c'est payer moins.

Comment on peut promettre plus.

Les Romains reconnaissaient quatre manières de promettre plus que le débiteur principal :

1° Re. — Quand le fidéjusseur s'obligeait à payer une somme ou une quantité plus forte;

2° Tempore. — Quand il promettait à un terme plus rapproché;

3° Loco. — Si le débiteur a promis *sine adjectione loci*, et que le fidéjusseur ait pris l'engagement de payer à Capoue, il a contracté une obligation plus grande que celle du débiteur, car il ne peut pas se libérer ailleurs que dans l'endroit indiqué (1);

4° Causa. — Quand le fidéjusseur s'engage sous une modalité plus dure que le débiteur principal. Si, dans une dette alternative, le choix de la chose à livrer appartenait au débiteur, et que le fidéjusseur voulût le donner au créancier (2).

Quand on a promis plus, la fidéjussion est nulle.

Les jurisconsultes romains n'étaient pas unanimes pour déterminer la condition du fidéjusseur qui avait promis *plus*. Paul et Ulpien annulent complétement la fidéjussion; Gaïus semble admettre que l'on pourra quelquefois confirmer l'engagement, quand on aura seulement promis plus *tempore* (3).

A l'époque des Institutes, la nullité ne peut pas faire l'objet d'un doute.

La fidéjussion moins considérable que la dette principale a toujours été déclarée valable : « Fidejussores et in partem pecuniæ, et « in partem rei, recte accipi possunt (4). »

Effets de la fidéjussion.

Le fidéjusseur est tenu de payer dans les limites établies par la loi Cornélia, dont nous avons mentionné ci-dessus les dispositions. Son obligation est perpétuelle : « Fidejussores vero perpetuo tenen- « tur, » dit Gaïus (5). Elle passe à ses héritiers.

§ 2. Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit.

Le fidéjusseur n'est pas seulement obligé lui-même, mais il transmet aussi l'obligation à son héritier.

Le créancier qui a agi contre la caution ne peut plus poursuivre le débiteur principal, et réciproquement.

Le créancier pouvait à son choix commencer par poursuivre le fidéjusseur ou le débiteur principal (6), et il y avait une grande importance pour lui à ne pas s'adresser à un insolvable; car s'il voulait agir ensuite contre l'autre obligé, on le repoussait par l'exception *rei deductæ in judicio*; c'est là un point qu'il faut remarquer. Le créancier qui a intenté un procès contre le débiteur principal ne

(1) F. 16, § 1-2, *de fidejussorib.* D. 46, 1. = (2) F. 8, § 7, 9, 10, *de fidejussorib.* D. 46, 1. = (3) F. 70, 34, *de fidejussorib.* D. 46, 1. = (4) F. 9, 34, *de fidejussorib.* D. 46, 1. = (5) G. C. III, § 121. = (6) L. 3, 5, Cod., *de fidejussorib.*, 8, 41.

peut plus poursuivre la caution, et réciproquement. Les parties pouvaient, du reste, déterminer dans la convention celui qui serait actionné en cas de non payement; s'il y avait plusieurs fidéjusseurs, chacun d'eux était donc tenu de payer la totalité de la dette, sauf à recourir ensuite contre le débiteur principal qui pouvait être insolvable.

Exceptio cedendarum actionum. Son utilité.

Pour éviter les conséquences rigoureuses attachées à ce principe, la jurisprudence avait permis au fidéjusseur actionné d'opposer au créancier l'exception *cedendarum actionum*; et par là il le forçait à lui vendre, en quelque sorte, sa créance. « Fidejussoribus succurri « solet, ut stipulator compelletur ei qui solidum solvere paratus « est vendere cæterorum nomina (1). » On vient au secours des fidéjusseurs, en contraignant le stipulant à céder sa créance à celui qui est prêt à tout payer.

La cession était faite en constituant le fidéjusseur *procurator in rem suam*; quand il avait payé, il recourait contre les autres fidéjusseurs en qualité de cessionnaire. Bien que les textes ne s'expliquent pas sur ce point, il faut admettre que le fidéjusseur, en agissant contre ses coobligés, déduisait sa part virile de la somme totale, sans cela on tournerait indéfiniment dans un cercle vicieux; chaque fidéjusseur serait, à son tour, cédant et cessionnaire, car il n'est pas croyable que la jurisprudence ait voulu charger de toute la dette la dernière caution poursuivie par une autre, en vertu de la cession d'action. Du reste, Adrien vint simplifier la condition des fidéjusseurs, par l'établissement du bénéfice de division.

§ 4. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in *solidum* tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit solidum petere. Sed ex epistola Hadriani compellitur creditor, a singulis, *qui modo solvendo sint litis contestatæ tempore*, partes petere. Ideoque, si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. Sed et, si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit : et sibi imputare debet, cum potuerit adjuvari ex epistola divi Hadriani, et desiderare, ut pro parte in se detur actio.

Bénéfice de division entre les fidéjusseurs solvables.

S'il y a plusieurs fidéjusseurs, ils sont tenus chacun pour le tout. Il est donc libre au créancier de se faire payer par celui qu'il voudra. Mais, d'après le rescript d'Adrien, il est obligé de diviser son action entre ceux qui sont solvables au moment de la *litis contestatio*. Quand à ce moment il y a quelques fidéjusseurs insolvables, c'est une augmentation de charge pour les autres. Si le créancier s'est fait payer la totalité par l'un des fidéjusseurs, celui-ci supportera seul l'insolvabilité du débiteur principal; il doit s'en prendre à lui-même, puisqu'il pouvait invoquer le rescript d'Adrien, et demander à être poursuivi seulement pour sa part.

Ainsi, chaque fidéjusseur poursuivi pouvait opposer la décision d'Adrien au créancier, pour qu'il eût à diviser son action; mais ce-

(1) F. 17, 36, 39, *de fidejussorib.* D. 46, 1. — L. 2, 11, 14, 21, Cod., *de fidejussorib.*, 8, 41. — F. 76, *de solutionib.* D. 46, 3.

lui-ci pouvait refuser, en soutenant que toutes les cautions n'étaient pas solvables, et il y avait alors une question préjudicielle à vider. Du reste, le préteur refusait le bénéfice de division à ceux qui avaient commencé par nier qu'ils fussent fidéjusseurs (1).

L'insolvabilité de quelques-uns des fidéjusseurs était supportée par les autres, à moins qu'elle ne survînt postérieurement à la *litis contestatio*, ou que le créancier n'eût volontairement divisé son action (2).

Innovations de Justinien.

Il y eut sous Justinien deux innovations importantes en matière de fidéjussion.

On peut poursuivre successivement les divers débiteurs.

L'empereur décida que le droit du créancier ne serait plus éteint par les poursuites dirigées contre l'un des obligés. Si une première action n'amène pas un payement intégral, on poursuivra, soit un autre fidéjusseur, soit le débiteur principal lui-même, jusqu'à ce que la dette soit éteinte : « Sancimus manere jus integrum donec in so- « lidum ei pecuniæ persolvantur, vel alio modo satis ei fiat (3). »

Bénéfice de discussion.

Dans sa novelle IV, chap. 1, Justinien généralisa une institution peut-être autrefois appliquée, mais qui n'était en vigueur que pour les débiteurs du fisc, le *beneficium ordinis*, bénéfice de discussion.

Dioclétien déclare que le fisc, avant d'aller poursuivre les débiteurs de ceux qui lui doivent, sera d'abord obligé de discuter les biens de ces derniers (4). D'après la novelle de Justinien, tout fidéjusseur poursuivi peut exiger que le créancier aille d'abord saisir et faire vendre tous les biens du débiteur principal, et il ne sera tenu de payer que la différence existant entre le produit de la vente et le chiffre de la créance. Si le débiteur est absent, on doit accorder un délai aux fidéjusseurs qui demandent le bénéfice de division; mais une fois qu'il est expiré, ils sont contraints à payer. La novelle CXXVI, chap. 1, permet de renoncer d'avance au bénéfice de discussion.

Les fidéjusseurs peuvent opposer les exceptions inhérentes à la dette.

A toutes les époques, les fidéjusseurs ont pu se dispenser de payer, en opposant au créancier les exceptions inhérentes à la dette : « Rei « autem cohærentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt : « ut rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum « est. Igitur et si reus pactus sit *in rem*, omnimodo competit ex- « ceptio fidejussori, etc. » Les exceptions inhérentes à la dette peuvent être invoquées par les fidéjusseurs; ainsi la chose jugée, l'exception de dol, du serment, de la violence. De même si le débiteur a fait un pacte général, *ne petatur*, le fidéjusseur en profite, etc. Mais il y avait des exceptions *personæ cohærentes*, dont ils ne pou-

(1) F. 28, 10, § 1, *de fidejussorib*. D. 46, 1. — (2) F. 51, § 2, *de fidejussorib*. D. 46, 1. — L. 16, Cod., *de fidejussorib*., 8, 41. — (3) L. 28, Cod., *de fidejussorib*., 8, 41. — (4) L. 4, Cod., *quando fiscus*, 4, 15. — Gérard Noodt pense que cette obligation de discussion avait été établie par l'empereur Commode.

vaient pas invoquer le secours; ainsi le bénéfice de compétence opposable par les patrons, les ascendants ou le mari (1); ainsi, le cas où le débiteur principal est un pupille non assisté de son tuteur (2); ainsi le pacte relatif, *in personam*, etc. (3).

Le fidéjusseur qui a payé recourt contre le débiteur par l'action de mandat : **Recours par l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum*.**

§ 6. Si quis autem fidejussor pro reo solverit, ejus reciperandi causa habet cum eo mandati judicium.	Le fidéjusseur qui a payé pour le débiteur principal a contre lui l'action de mandat pour se faire rembourser.

Si on avait cautionné une personne sans qu'elle le sût, on recourait contre elle par l'action de gestion d'affaires. « Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit (4). » Mais si le cautionnement était intervenu malgré la volonté du débiteur principal, le fidéjusseur n'aurait aucune action (5).

Le fidéjusseur pouvait agir quelquefois, même avant d'avoir payé; si, par exemple, il a déjà été condamné, mais qu'il se trouve encore dans le délai accordé pour exécuter la sentence (6).

La fidéjussion finit : 1° avec la dette principale; 2° quand le créancier libère spécialement le fidéjusseur; 3° quand il y a confusion de la qualité de débiteur et de fidéjusseur, la fidéjussion disparaît ordinairement; mais il y a exception pour le cas où l'obligation principale est une dette naturelle (7). **Comment finit la fidéjussion.**

A côté de la fidéjussion, on rencontre dans la législation romaine deux institutions qui ont avec elle une certaine analogie quant aux effets principaux, ce sont : 1° le *receptitium*; 2° le pacte de constitut.

LE RECEPTITIUM.

Il y avait à Rome une classe de banquiers appelés *argentarii*, et qui s'occupaient spécialement du change des monnaies, dont il était difficile de constater le titre, souvent altéré par des alliages; on recourait à eux toutes les fois qu'on avait à faire un payement un peu considérable. Le débiteur donnait au banquier la somme en pièces non vérifiées, sauf à faire ensuite un règlement de compte, et l'*argentarius* promettait au créancier de le payer en monnaie de bon aloi. On admet généralement que ces divers engagements résultaient d'un pacte légitime; cependant Justinien semble dire qu'il y avait autrefois des paroles solennelles : « Receptitia actione cessante, quæ « *solemnibus verbis composita*, inusitato recessit vestigio... »

(1) F. 7, pr., *de except.* D. 44, 1. = (2) F. 25, *de fidejussor.* D. 46, 1. = (3) F. 22-23, *de pactis.* D. 2, 14. = (4) F. 20, § 1, *mandati.* D. 17, 1. = (5) L. 24, Cod., *de negotiis gestis*, 2, 19. = (6) F. 45, 64, *de fidejussor.* D. 46, 1. = (7) F. 60, 68, § 2, *de fidejussor.* D. 46, 1. — F. 93, § 3, *de solutionib.* D. 46, 3, — L. 4, 24, Cod., *de fidejussor.*, 8, 41.

L'action attachée au *receptitium* était perpétuelle. On pouvait faire l'opération pour toute espèce de dette, même future (1).

LE PACTE DE CONSTITUT.

Instit., liv. IV, tit. VI.

§ 8. In personam actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor. Veluti *de pecunia constituta*, cui similis videbatur receptitia : sed ex nostra constitutione (cum et, si quid plenius habebat, hoc in pecuniam constitutam transfusum est) et ea, quasi supervacua, jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere.

Le préteur a créé des actions personnelles en vertu de sa juridiction; ainsi, l'action du constitut, à laquelle ressemblait l'action du *receptitium*; mais, en vertu de notre constitution, nous avons fait disparaître de la législation cette dernière institution, en donnant au constitut les effets plus étendus qu'elle avait.

§ 9. De pecunia autem constituta cum omnibus agitur, quicumque vel *pro se, vel pro alio* soluturum se constituerit, *nulla* scilicet *stipulatione interposita*. Nam alioquin, si stipulanti promiserit, jure civili tenetur.

On agit par l'action de constitut contre tous ceux qui ont promis de payer pour eux ou pour d'autres, sans employer la stipulation; car si on avait promis à quelqu'un qui stipulait, on serait tenu d'après le droit civil.

Définition du constitut.

Le constitut est un pacte prétorien, par lequel une personne s'engage à payer, dans un certain délai, soit sa propre dette, soit la dette d'autrui.

C'est à l'occasion de ce pacte que le jurisconsulte Ulpien disait : « Hoc edicto prætor favet naturali æquitati, qui constituta *ex consensu* facta custodit, quoniam grave est fidem fallere (2). »

Le terme est essentiel au constitut. Il faut une dette antérieure, portant sur des choses fongibles. L'action dure un an.

Suivant Paul, le terme était essentiel à l'existence du constitut; si les parties avaient négligé de le fixer, il devait être de dix jours au moins (3). Il fallait de plus qu'il y eût déjà une dette préexistante et portant sur des choses fongibles : « Quæ numero, mensura aut pondere constant. » Du reste, le constitut pouvait intervenir entre personnes absentes. Enfin, comme la plupart des actions prétoriennes, l'action *pecuniæ constitutæ* ne durait qu'un an (4).

Justinien réunit le constitut et le *receptitium*.

Justinien a réuni les deux actions du *receptitium* et du constitut, dont il conserve le nom. La convention peut intervenir pour toute espèce de choses, soit fongibles, soit corps certains; mais il exige qu'il y ait toujours une obligation préexistante pour servir de base à l'acte; le créancier pourra agir pendant trente ans, comme il peut le faire en vertu des actions du droit civil (5).

Utilités du constitut.

Le constitut avait pour les parties diverses utilités qui devaient le rendre très-fréquent dans la pratique. Le débiteur, en le faisant, s'assurait un délai d'au moins dix jours; le créancier y trouvait souvent l'avantage d'ajouter une action à un simple pacte; et enfin, le préteur avait permis d'intenter l'action *constitutæ pecuniæ*, en faisant

(1) L. 2, pr., Cod. *de constitut. pecunia*, 4, 18. = (2) F. 1, *de pecunia constitut.* D. 13, 5. = (3) F. 21, § 1, *de pecunia constitut.* D. 13, 5. = (4) F. 14, § 3. — F. 18. § 1. — F., 23, 26, 27, *de pecunia constitut:* D. 13, 5. — L. 2, Cod., *de constitut. pecunia*, 4, 18. = (5) L. 2, Cod., *de constitut. pecunia*, 4, 18.

la *sponsio* jusqu'à la moitié du capital. Cela signifie que le demandeur pouvait poser la question devant le juge sous la forme d'une stipulation : « Si tu me dois cent en vertu du constitut, me promets-tu cinquante? » Alors le débiteur convaincu aurait été condamné à payer cent cinquante (1).

Constitut pour autrui. Différences avec la fidéjussion.

Quand on promettait par constitut de payer la dette d'autrui, on devenait caution; mais il y avait de nombreuses différences entre l'engagement du constituant et celui du fidéjusseur :

1° On pouvait constituer *absente creditore* ; il en était autrement pour la fidéjussion, puisqu'elle avait lieu par stipulation;

2° Les poursuites dirigées contre le débiteur principal ne libéraient pas le constituant : nous savons que la règle était différente pour la fidéjussion, avant Justinien (2) ;

3° Le fidéjusseur devait toujours promettre la même chose que le débiteur principal, le constituant pouvait s'engager à donner d'autres objets : ainsi, du blé au lieu d'une somme d'argent (3);

4° La fidéjussion à un terme plus court que la dette principale était nulle; on constituait valablement *citeriore die* (4);

5° Si on avait constitué plus que le débiteur n'avait promis, il y avait seulement lieu à réduction, tandis que la fidéjussion n'était pas valable, même pour partie (5).

Justinien déclara que s'il y avait plusieurs constituants, ils pourraient, comme les fidéjusseurs, opposer le bénéfice de division (6).

Tous les actes dont nous venons de nous occuper dans cette section sont désignés d'une manière générale par le mot *intercessiones*, interventions pour autrui; or, dans la législation romaine, on en vint à défendre aux femmes toutes les conventions qui contiendraient d'une manière ou d'une autre des engagements pour autrui. On avait pour but d'éviter « periculum rei familiaris. »

Du sénatus-consulte Velléien (an 46 après J.-C.).

La législation s'occupa d'abord du cas qui présente le plus de danger pour les femmes. Au temps d'Auguste et de Claude : « *Edictis* « eorum erat interdictum, ne feminæ pro *viris* suis intercede- « rent (7). » Il est certain, en effet, que le mari peut facilement entraîner la femme dans sa ruine, en lui persuadant de garantir les engagements qu'il prend. Dans la pratique on alla plus loin, et le sénatus-consulte Velléien défendit d'une manière générale « ne *pro* « *ullo* feminæ intercederent (8). »

Défense faite à la femme de s'engager, d'abord pour son mari, puis pour toute autre personne.

Intercedere, c'est s'engager pour autrui, soit par fidéjussion, soit

(1) G. C. IV, § 171. = (2) F. 18, § 3, *de pecunia constitut.* D. 13, 5. = (3) F. 1, § 5, *de pecunia constitut.* D. 13, 5. — F. 8, § 8, *de fidejussor.* D. 46, 1. = (4) F. 4, *de pecunia constitut.* D. 13, 5. = (5) F. 11, § 1, *de pecunia constitut.* D. 13, 5. = (6) L. 3, Cod., *de constitut. pecunia*, 4, 18 = (7) F. 2, *ad sc. Velleianum.* D. 16, 1. Il est à regretter que notre Code Napoléon ne contienne pas une disposition analogue. = (8) F. 1, 2, § 1, *ad sc. Velleianum.* D. 16, 1.

par constitut, soit par tout autre moyen. On s'était aperçu que souvent les femmes ne se rendaient pas compte de la gravité des engagements qu'elles prenaient.

Actes défendus.

On peut ramener à trois classes les actes qui sont interdits aux femmes : 1° les fidéjussions, le constitut et le *mandatum pecuniæ credendæ* (1) ; 2° la novation, par laquelle une femme prendrait à sa charge la dette d'autrui ; 3° les engagements contractés directement au lieu et place d'une personne qui devait promettre, *expromissiones*.

Ils sont nuls absolument.

Si la femme a promis malgré le sénatus-consulte Velléien, on lui permet, ainsi qu'à ses fidéjusseurs, de repousser le créancier par l'exception du sénatus-consulte ; bien plus, si le payement a eu lieu, elle peut intenter la *condictio indebiti* (2). Mais, par contre, si le créancier avait libéré un débiteur à cause de l'intercession de la femme, il reprenait son action primitive comme si elle n'avait jamais été éteinte (3).

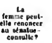
La femme peut payer pour autrui.

Il faut remarquer que l'incapacité de la femme se bornait aux engagements contractés ; elle pouvait très-valablement payer pour autrui, parce que la numération de la somme d'argent est un acte dont les conséquences sont faciles à apprécier (4).

Cas où le sénatus-consulte n'est pas applicable.

Il y avait des cas dans lesquels le sénatus-consulte n'était pas applicable : 1° s'il y avait eu dol de la femme, qui aurait fait croire, par exemple, au créancier que la dette la concernait personnellement. « Si non callide versatæ sint, dit Ulpien, nam deceptis « et non decipientibus opitulatur senatusconsultum (5) ; » 2° si la femme qui intervenait pour autrui agissait en réalité dans son propre intérêt : ainsi quand elle promettait pour assurer la possession d'un immeuble à l'acquéreur auquel elle devait garantie en cas d'éviction (6) ; 3° il n'y avait pas de raison pour appliquer le sénatus-consulte, lorsque la femme recevait en contractant la somme pour laquelle elle s'engageait ; mais pour éviter les fraudes, Justinien ordonne que cette réception soit constatée par un acte dressé en présence de trois témoins (7) ; 4° la femme ne peut invoquer le sénatus-consulte Velléien quand elle est engagée *manumissionis causa* ; 5° quand elle est intervenue *dotis causa* ; 6° si elle a intercédé *apud minorem*, et que le débiteur principal soit insolvable (8).

(1) V. infra, au titre *du Mandat*. = (2) F. 8, § 3. — F. 16, § 1, *ad sc. Velleianum*. D. 16, 1. — F. 40, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. = (3) F. 1, §. 2. — F. 8, § 7-8. — F. 9, 11, § 1-2. — F. 22, § 2-3, *ad sc. Velleianum*. D. 16, 1. = (4) F. 5, *ad sc. Velleianum*. D. 16, 1. = (5) F. 2, § 3, *ad sc. Velleianun*. D. 16, 1. = (6) F. 3, 13, 17, § 2. — F. 21, *ad sc. Velleianum*. D. 16, 1. — F. 1, § 4, *de pignor. et hypoth*. D. 20, 1. = (7) F. 22, *ad sc. Velleianum*. D. 16, 1. — L. 23, Cod., *ad sc. Velleianum*, 4, 29. = (8) L. 24-25, Cod., *ad sc. Velleianum*, 4, 29. — F. 12, *de minorib*. D. 4-4. — Pothier énumère encore divers cas peu importants dans ses Pandectes.



Enfin on s'est demandé si la femme pouvait renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléien. Dans trois cas la réponse doit être affirmative : 1° si la femme est prête à défendre en justice pour un tiers, Pomponius dit qu'elle doit cautionner, *exceptione se non usuram*, donc elle y renonce : on a expliqué cette décision en disant que la femme qui va plaider sait qu'elle s'expose à une condamnation ; elle ne peut donc pas se faire illusion sur la gravité de l'acte, c'est presque comme s'il y avait numération de la somme (1) ; 2° Justinien admet comme valable l'*intercessio* qui sera renouvelée par un acte exprès deux ans après sa première date : il pense que la femme a pu suffisamment réfléchir ; cependant, même après ce laps de temps, on ne validerait pas l'*intercessio* en faveur du mari ; ici, l'influence permanente pourrait déterminer la confirmation comme la création de l'acte (2) ; 3° on exige que la femme renonce au bénéfice du sénatus-consulte quand elle veut être tutrice de ses descendants (3).

Dans les autres cas, nous ne pensons pas que la femme soit admise à renoncer au sénatus-consulte. La fragilité qui l'amenait à prendre des engagement désastreux l'amènerait aussi à renoncer à la protection que lui donne la loi. Ce qui confirme cette opinion, c'est que la femme peut, après avoir payé, intenter la *condictio indebiti*, et que l'exception du sénatus-consulte est opposable, même après la délégation acceptée (4).

SECTION IV. — Division des stipulations.

Instit., liv. III, tit. XVIII.

Pr. Stipulationum aliæ judiciales sunt, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes, tam prætoriæ quam judiciales.	Parmi les stipulations, les unes sont judiciaires, d'autres prétoriennes, d'autres conventionnelles, d'autres enfin communes, c'est-à-dire, soit prétoriennes, soit judiciaires.

Ulpien donne dans un autre texte une division en trois classes pour les stipulations prétoriennes : *judiciales*, *cautionales*, *communes* (5). Mais cela se rattache surtout à la procédure.

La classe la plus simple des stipulations comprend celles que le texte appelle *conventionales*.

§ 3. Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est, neque jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium. Quarum totidem genera sunt, quot — pœne dixerim — rerum contrahendarum.	Les stipulations conventionnelles sont celles qui viennent de l'accord de la volonté des deux parties, sans qu'il y ait ordre du juge ou du magistrat. On peut dire qu'il y en a presque autant d'espèces qu'il y a de contrats.

(1) F. 32. § 4, *ad sc. Velleianum*. D. 16, 1. = (2) L. 22, Cod., *ad sc. Velleianum*, 4-29. = (3) Nov. CXVIII, ch. v. = (4) F. 40, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. — F. 19, *de novat.* D. 46, 2. — Add. Vinnius, *Selectæ Quæstiones*, pars 1, n° 48. = (5) F. 1, *de stipulat. prætoriis*. D. 46, 5.

Les autres catégories demandent à être étudiées avec plus d'attention.

Stipulations judiciaires.

§ 1. Judiciales sunt dumtaxat, quæ a mero judicis officio proficiscuntur : veluti de *dolo* cautio, vel de *persequendo servo*, qui in fuga est, restituendove pretio.

Sont judiciaires, les stipulations qui viennent exclusivement du pouvoir du juge : par exemple, la caution de dol, ou bien celle qu'il fallait donner pour assurer la poursuite de l'esclave en fuite, ou le payement de sa valeur.

On peut se demander pourquoi le juge, au lieu de faire donner des cautions, ne prononçait pas des condamnations directes. La réponse est que cela peut être utile sous deux points de vue : 1° parce que, dans certains cas, l'engagement pris sur l'ordre du juge devait être garanti par un tiers qui ne pouvait être lié que par une stipulation émanant de lui ; 2° parce que souvent on avait en vue un événement futur et incertain, tandis que la condamnation devait toujours avoir un caractère de certitude bien marqué (1).

Caution de dolo.

Comme premier exemple de stipulation judiciaire, les Institutes mentionnent la caution *de dolo*. Son utilité était fondée sur le rigorisme de l'ancienne procédure romaine. Lorsqu'à la suite d'une sentence, le condamné avait remis matériellement la chose litigieuse, il pouvait soutenir que le jugement était exécuté, même quand il avait commencé par empoisonner l'esclave avant d'en faire la tradition ; tel est l'exemple présenté par Théophile. Pour éviter ce résultat, on faisait donner au condamné la caution *dolum abesse, abfuturumque* (2).

Caution de servo persequendo.

Le second exemple porte sur la caution *de servo persequendo pretiove restituendo*.

Voici l'hypothèse qu'il faut supposer pour expliquer cette caution. Une personne possède un esclave qu'elle est en voie d'usucaper. Le vrai propriétaire intente la *rei vindicatio*, mais son action n'arrête pas le cours de l'usucapion, puisque le défendeur continue à posséder, et qu'il était de bonne foi au commencement de la possession. Pendant le procès, l'usucapion s'achève ; mais la justice exige qu'on mette le demandeur dans l'état où il aurait été si on avait statué sur la contestation au moment de la *vocatio in jus* ; le juge ordonnera au défendeur de retransférer la propriété, et s'il refuse, par dol, de le faire, il le condamnera à des dommages et intérêts fixés *ex jurejurando adversarii*. Or, ici on suppose que l'esclave est en fuite, sans qu'il y ait dol ou faute du possesseur ; la condamnation est donc impossible. Mais, d'un autre côté, faut-il laisser le demandeur sans aucun recours ? cela ne serait pas plus juste. On concilie les exigences des deux positions en imposant au défendeur (puisqu'il est devenu

(1) G. C. IV, § 52. = (2) F. 20, 45, *de rei vindicat.* D. 6, 1.

propriétaire) l'obligation de poursuivre l'esclave et d'en payer le prix s'il néglige de le faire. Du reste, il pouvait éviter cette caution en cédant ses actions au demandeur, qui ira réclamer l'esclave partout où il sera, en se présentant comme « procurator in rem suam (1). » Dans tous les cas, le défendeur devait également promettre de rendre la chose, si elle revenait en son pouvoir.

§ 2. Prætoriæ, quæ a mero prætoris officio proficiscuntur, veluti *damni infecti*, vel *legatorum*. Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam ædilitiæ: nam et hæ ab jurisdictione veniunt.

Sont prétoriennes, les stipulations qui viennent du pouvoir du préteur, comme la stipulation *damni infecti*, ou celle qui a pour but d'assurer l'exécution des legs. Il faut comprendre dans les stipulations prétoriennes les stipulations édilitiennes, car elles viennent aussi de la juridiction. Stipulations prétoriennes.

La stipulation *damni infecti*, mentionnée dans le paragraphe, avait lieu à l'occasion d'un dommage qui n'existait pas encore, mais qui était imminent : « Damnum infectum est, damnum nondum « factum, quod futurum veremur. » Stipulation damni infecti.

On suppose un édifice qui menace ruine, et qui peut en tombant causer du préjudice au voisin : or, le maître de la maison écroulée pourrait se dispenser de payer une indemnité en faisant l'abandon noxal des matériaux; c'est pour éviter cela que le préteur lui ordonne de faire une *repromissio*, de s'engager à payer des dommages et intérêts s'il ne fait pas les travaux nécessaires pour empêcher la chute de sa muraille (2).

Comme il pouvait être urgent de faire faire cette promesse, les grands magistrats avaient délégué aux magistrats municipaux le droit de la recevoir. Les magistrats municipaux peuvent recevoir la repromissio.

Gaïus nous apprend (Com. 4, § 31) qu'on pouvait employer l'action de la loi *sacramenti* au lieu des stipulations prétoriennes; mais il ajoute qu'on se servait plutôt de ce dernier moyen : « Quod et com« modius jus et plenius est. » On pouvait employer le sacramentum.

Si le maître de l'édifice suspect refusait de promettre, le magistrat envoyait le demandeur en possession de tout ou partie de la propriété; c'était un droit de gage permettant de se saisir de la chose, mais sans expulser le propriétaire (3). Des auteurs pensaient qu'alors l'envoyé en possession devait faire les réparations, mais ce n'est pas l'avis d'Ulpien : « Cum enim ob hoc tantum missus sit ut « vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refece- Envoi en possession ex jussu possidendi.

(1) F. 21, *de rei vindicat.* D. 6, 1. — F. 69. *de legatis*, 1°. D. 30. — La *litis contestatio* interrompait la *præscriptio longi temporis*, parce qu'on posait au juge la question de savoir si, au moment où la formule était délivrée, le détenteur avait déjà possédé pendant dix ou vingt ans : *post motam controversiam, in præteritum æstimatur*. — L. 10, Cod., *de præscriptione*, 7, 33 = (2) F. 1, § 7, *de stipulat. prætoriis*. D. 46, 5. — F. 4, *de damno infecto*. D. 39, 2. = (3) F. 4, § 4. — F. 15, § 20, *de damno infecto*. D. 39, 2.

« rit. » Puisqu'on lui donne la possession comme une sorte de garantie, on ne doit pas lui imputer de n'avoir pas fait faire les réparations (1). Les magistrats municipaux pouvaient encore ordonner cette prise de possession.

Si dans un délai déterminé, « cum justa causa videbitur, » le propriétaire récalcitrant n'obéissait pas, il intervenait un second décret, que les préteurs et les *præsides* avaient seuls le droit de prononcer, et en vertu duquel le possesseur recevait le *jussus possidendi*, ce qui lui permettait alors d'expulser le propriétaire et d'usucaper comme s'il avait eu une juste cause (2). Cette sanction était très-efficace, car il est peu probable qu'un propriétaire consente à se laisser exproprier plutôt que de réparer sa muraille, ou de promettre une indemnité si elle vient à s'écrouler.

Quelquefois le préteur obligeait le propriétaire à payer l'indemnité, même après que le dommage avait été causé, si l'accident était arrivé sans que le voisin eût pu le prévoir (3). Il était toujours permis de faire cesser la possession avant l'usucapion terminée, en payant les réparations faites et en donnant caution pour l'avenir.

Cautio legatorum. Nous avons déjà expliqué, dans la théorie des legs, ce qu'était la caution *legatorum*, un moyen accordé aux légataires d'assurer le payement des legs faits à terme ou sous condition. Le refus de caution pouvait entraîner la prise de possession de l'hérédité à titre conservatoire : « Ut tædio perpetuæ custodiæ, extorqueat heredi « cautionem (4). » Mais ici le préteur ne donnait jamais le *jussus possidendi*.

Stipulations communes. § 4. Communes sunt stipulationes, veluti *rem salvam fore pupilli :* nam et prætor jubet, rem salvam fore pupillo caveri, et interdum judex, si aliter expediri hæc res non potest, vel *de rato* stipulatio.

Sont communes certaines stipulations : par exemple, *rem salvam pupilli fore* ; car elle sera ordonnée, soit par le préteur, soit par le juge, si cela est nécessaire ; il en est de même de la stipulation *de rato.*

Nous savons que la caution *rem ratam pupilli fore* était ordinairement reçue par le préteur, mais quelquefois le juge devra l'exiger. Si, par exemple, le tuteur qui n'a pas donné caution poursuit un des débiteurs du pupille, on pourra soutenir qu'il n'y a pas lieu à condamnation tant qu'il n'aura pas garanti « rem salvam pupilli fore (5). »

La caution *de rato* reposait sur le principe de séparation absolue qui existait entre le mandant et le *procurator ad litem.* Le jugement rendu contre celui-ci ne pouvait pas être opposé au *dominus litis;* c'est pour cela qu'on faisait garantir au représentant que ses

(1) F. 15, § 30, *de damno infecto.* D. 39, 2. — (2) F. 5, 15, § 16, 21, 23, *de damno infecto.* D. 39, 2. — (3) F. 8, 9, 15, § 33, *de damno infecto.* D. 39, 2. — (4) F. 5, *ut in possess.* D. 35, 4. — (5) L. 3, Cod., *de tutore vel curatore,* 5, 42.

actes seraient ratifiés par le véritable intéressé. Nous reviendrons du reste sur ce point, en parlant du mandat.

CHAPITRE III.

CONTRATS LITTERIS(1).

Sommaire. — 1. *Registres tenus par les Romains*, adversaria, codices. — 2. *Composition du* codex calendarium, nomina transcriptitia *: leurs espèces, leurs effets.* — 3. Arcaria nomina. — 4. *Obligations littérales pour les pérégrins.* — 5. *Législation de Justinien*, exceptio non numeratæ pecuniæ.

La matière des contrats *litteris* a donné lieu à des difficultés graves, par suite du silence des textes. Le Digeste et le Code sont à peu près muets sur ce point; les Institutes ne contiennent qu'un chapitre assez insignifiant, intitulé *de litterarum obligatione*. Ce que nous avons de plus précis sur les contrats *litteris* se réduit à six paragraphes du troisième Commentaire de Gaïus, et au paragraphe 329 des *Fragmenta Vaticana*, où il est dit que l'*expensilatio* ne peut pas avoir lieu sous condition. Voici cependant les notions auxquelles on est arrivé en combinant les textes législatifs et les passages des divers auteurs classiques.

Quand l'écriture fut répandue chez les Romains, on adopta l'usage de tenir des registres domestiques, où l'on mentionnait tous les événements qui influaient sur l'augmentation ou la diminution du patrimoine. Cette opération se faisait en deux fois: on jetait d'abord des notes fugitives sur un brouillon appelé *adversaria*, puis on les transportait tous les mois sur un autre registre appelé *codex*, et qui était conservé avec grand soin dans les familles. (Usage des registres domestiques. *Adversaria, codices.*)

Les *codices* avaient une haute importance politique, car c'était d'après leur balance qu'on établissait la fortune de chaque citoyen, et qu'on le plaçait dans l'une des six classes créées par le roi Servius Tullius. Aussi, Denys d'Halicarnasse dit que l'on imposait, lors du cens, à tous les pères de famille, l'obligation de jurer qu'ils n'avaient rien porté sur leurs *tabulæ* qui ne leur appartînt ou qui ne leur fût réellement dû. (Leur importance.)

L'usage de tenir des registres était tellement général, à l'époque de Cicéron, que dans une de ses harangues contre Verrès, il pose comme un fait inouï et sans exemple l'allégation d'un citoyen prétendant qu'il n'a pas de *codex*.

Ce registre était divisé en trois colonnes : (Division du codex.)

La première contenait la mention des créances actives, payables à une époque déterminée; on l'appelait *calendarium*, parce que les

(1) V. sur cette matière la dissertation si remarquable de M. Ortolan, dans son *Explication historique des Instituts*, t. II, p. 803.

échéances avaient lieu aux calendes de chaque mois. Les textes mentionnent plusieurs fois le *calendarium* (1).

Dans la seconde colonne, on mentionnait les causes qui modifiaient la fortune; ainsi les successions reçues, les dots données, les pertes, les incendies, etc.

Enfin la troisième colonne était destinée au passif; le père de famille y indiquait les obligations qu'il avait contractées.

La tenue du *codex* amena l'obligation littérale, *nomina transcriptitia*.

La tenue des *codices* amena une nouvelle manière de faire naître les obligations. On admit que si, à la suite d'une convention, deux personnes inscrivaient une somme sur leurs registres, l'une à la colonne des créances, l'autre à la colonne des dettes, il y aurait lien civil, contrat littéral appelé *nomen transcriptitium*, parce que le nom du débiteur ou du créancier avait été transcrit. Dans ce cas, on disait qu'il y avait pour le créancier *pecunia expensilata*, argent compté à quelqu'un; pour le débiteur, il y avait argent reçu, *pecunia acceptilata*.

Rien n'empêchait d'employer cette forme de contrat entre deux personnes absentes, mais on ne pouvait pas y joindre une condition.

Gaius. C. III.

§ 138. Sed absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit.

On peut porter une somme au débit d'un absent, bien que l'obligation verbale ne puisse avoir lieu qu'entre personnes présentes.

Gaius mentionne deux espèces de *nomina*.

Gaïus mentionne deux espèces de *nomina transcriptitia*.

Gaius. C. III.

§ 128. Fit autem nomen transcriptitium duplici modo: vel A RE IN PERSONAM, vel A PERSONA IN PERSONAM.

Le *nomen transcriptitium* se fait de deux manières: ou bien il est d'une chose à une personne, ou bien d'une personne à une autre.

A re in personam.

§ 129. A re in personam transcriptio fit, veluti si id, quod modo ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id *expensum* tibi tulero.

La transcription a lieu *a re in personam*, quand je porte sur mon registre à votre débit ce que vous me devez, à la suite d'une vente, d'un louage ou d'une société.

A persona in personam.

§ 130. A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

La transcription a lieu de personne à personne, quand je porte à votre débit ce que me doit Titius, qui m'a délégué sa créance contre vous.

On peut étendre le contrat littéral.

De ces deux paragraphes, il résulterait que l'obligation littérale n'était jamais qu'une manière de faire une sorte de novation, mais nous pensons qu'on ne doit pas restreindre à cela les effets du contrat littéral; rien n'empêchait de faire une transcription *donationis causa*. Il faut d'ailleurs se rappeler que si, à la suite d'une numération de somme, on faisait immédiatement une stipulation ou une transcription sur le *codex*, on ne considérait pas cela comme une novation, mais bien comme un seul contrat. Le *nomen tran-*

(1) V. F. 39, § 8, 14, *de administrat.* D. 26, 7. — F. 41, § 6, *de legatis*, 3°. D. 32. L. 3, Cod., *de compensationib.*, 4, 31.

scriptitium donnerait donc encore naissance, dans ce cas, à une obligation primitive (1).

Les *nomina* ne sont pas applicables aux pérégrins.

Les *nomina transcriptitia* étant une institution du droit civil pur, les *peregrini* ne pouvaient pas s'en servir; cependant, comme les *nomina a re in personam* provenaient souvent de contrats du droit des gens, quelques jurisconsultes voulaient permettre aux *peregrini* de s'engager de cette manière.

Gaius. C. III.

§ 133. Transcriptis vero nominibus an obligentur peregrini merito quæritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio : quod Nervæ placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcriptitium, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari.

On se demande avec raison si les pérégrins peuvent s'obliger par les *nomina transcriptitia*, car c'est un contrat de droit civil. Nerva l'admettait. Cassius et Sabinus ont pensé que le *nomen transcriptitium a re in personam* liait valablement les pérégrins, mais qu'il en était autrement pour le *nomen a persona in personam*.

Ce qui donnait encore plus de force au raisonnement de ceux qui refusaient de permettre l'usage des *nomina* aux pérégrins, c'est qu'ils avaient une manière spéciale de faire naître les obligations littérales, comme nous le répéterons bientôt.

Fallait-il l'inscription sur les deux registres?

Une question très-débattue est celle de savoir s'il fallait, à peine de nullité, qu'il y eût inscription sur les deux registres. Nous ne le pensons pas : le débiteur ne devait pas pouvoir se soustraire à son obligation en négligeant de porter la dette sur son *codex*; mais il est évident, d'un autre côté, que la simple mention d'une créance sur le *calendarium* d'une personne ne pouvait pas la constituer créancière; il faudra donc établir que la transcription a été faite avec le consentement du débiteur. Du reste, on prenait souvent des précautions pour éviter les contestations futures. Sénèque dit qu'on appelait des témoins, et que parfois on faisait inscrire la créance sur les registres de personnes désintéressées. Cicéron en donne aussi un exemple, quand il raconte le marché intervenu entre des consuls en fonctions, et des ambitieux qui voulaient acheter leur admission comme consuls désignés (2). Ainsi, l'inscription sur le registre du créancier seul ne faisait pas preuve entière, il fallait qu'elle fût confirmée par d'autres témoignages.

Le contrat littéral produit la *condictio*.

L'obligation naissante du contrat littéral était stricte, comme celle qui était produite par la stipulation; toutes les deux étaient garanties par l'action personnelle connue sous le nom de *condictio*.

Arcaria nomina.

Après les *nomina transcriptitia*, Gaius mentionne les *arcaria nomina*, qui sont de simples reconnaissances signées par le débiteur.

(1) Arg. F. 6, § 4. — F. 1, *de novationib.* D. 46, 2. = (2) Sénèque, *de Beneficiis*, l. III, cap. xv. — *Cicero ad Atticum*, lib. IV, epist. xviii.

Gaius. C. III.

§ 131. Alia causa est eorum nominum quæ *arcaria* vocantur ; in his enim rerum non litterarum obligatio consistit : quippe non aliter valet quam si numerata sit pecunia ; numeratio autem pecuniæ facit obligationem. Qua de causa, recte dicemus, arcaria nomina *nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere.*

La nature des *arcaria nomina* est différente de celle des *nomina transcriptitia* ; ils n'ont pas pour objet de faire naître une obligation : ils ne valent qu'autant qu'il y a eu argent compté, et c'est la numération qui fait naître l'obligation. Nous dirons donc avec raison que l'*arcarium nomen* ne fait pas naître l'obligation, mais qu'il sert à prouver son existence.

Chyrographum et syngraphæ.

Pour les étrangers, l'obligation littérale naissait du *chyrographum* et des *syngraphæ.*

§ 134. Præterea litterarum obligatio fieri videtur chyrographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat : quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

L'obligation littérale naît encore des *chyrographa* et des *syngraphæ*, quand on écrit qu'on doit ou qu'on donnera, pourvu qu'il n'y ait pas stipulation sur ce point. Ce genre d'obligation est spécial aux pérégrins.

Nous n'avons pas de renseignements précis sur cette manière de faire naître l'obligation littérale; nous savons cependant qu'elle était connue à l'époque de Cicéron. Asconius dit que les *syngraphæ* étaient signées par les deux parties, tandis que le *chyrographum* était signé seulement par le débiteur.

Pourquoi l'obligation littérale disparaît.

Sous les empereurs, l'usage des registres domestiques se perdit; d'abord, parce que le classement politique n'avait plus d'importance, et puis, parce qu'il arrivait souvent qu'en faisant connaître sa fortune, on attirait sur soi des accusations de lèse-majesté entraînant ensuite la confiscation des biens.

Époque de Justinien.

Les *nomina transcriptitia* disparurent donc; il en fut de même des *syngraphæ*, et il ne resta plus que le *chyrographum* comme source de l'obligation littérale. Il faut bien remarquer cependant qu'à l'époque de Justinien, l'obligation peut résulter de l'écriture seule, indépendamment de la numération des espèces; il suffit qu'une personne ait écrit *se debere.*

Instit., liv. III, tit. XXI.

Pr. Olim scriptura fiebat obligatio, quæ *nominibus fieri* dicebatur, quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest : hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, *scriptura obligetur ; et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione.* Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad *quinquennium* procedebat : sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan

Autrefois, l'obligation naissait par l'écriture dans les *nomina*, qui ne sont plus en usage aujourd'hui. Si cependant quelqu'un a écrit qu'il doit une somme qui ne lui a pas été comptée, il ne pourra pas opposer, après un long espace de temps, l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Cela a été souvent décidé. D'où il résulte qu'aujourd'hui, quand on ne peut pas se plaindre, l'obligation vient de l'écriture, et elle donne lieu à la *condictio* sans qu'il y ait eu obligation verbale. Autrefois, les constitutions déclaraient qu'il y avait délai trop long pour opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*, quand il

defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra *biennii* metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

s'était écoulé cinq ans; mais afin d'éviter que les créanciers ne puissent être privés trop longtemps par fraude de leur argent, nous avons réduit à deux ans, par une constitution, le délai au delà duquel on ne pourra plus opposer l'exception.

Exceptio non numeratæ pecuniæ.

Le commencement du paragraphe fait allusion à l'exception *non numeratæ pecuniæ*, qui intervenait dans les circonstances suivantes. Une personne a signé un *chyrographum* avant d'avoir reçu l'argent qu'on devait lui compter, et le titre se trouve entre les mains du futur créancier; celui-ci garde l'acte écrit, mais il ne fait pas la numération des espèces : quand il viendra intenter l'action personnelle, on lui opposera l'*exceptio in factum non numeratæ pecuniæ* (1). Mais cette exception ne pouvait pas être opposée *post multum tempus*, le délai était autrefois de cinq ans; Justinien le réduisit à deux (2). On conçoit cette restriction, quand on remarque comment, par une disposition unique en droit romain, la simple dénégation de la numération oblige le demandeur à prouver l'existence du *mutuum*, malgré le titre écrit qu'il a entre les mains; il ne fallait donc pas qu'on fût trop loin de l'époque du contrat, sans cela il aurait été presque impossible d'établir son existence (3).

Règle particulière pour la preuve.

Comme les fraudes usitées par les usuriers n'avaient lieu ordinairement que pour le *mutuum* d'argent, l'exception *non numeratæ pecuniæ* ne s'appliquait pas aux autres prêts, ni à l'acte portant formellement qu'il était fait pour établir une novation basée sur une dette antérieure, *ex præcedenti causa*.

Condictio chyrographi.

La limitation de la durée de l'exception avait obligé à prévoir une fraude qui aurait pu se présenter : si l'usurier porteur du *chyrographum* avait gardé le silence pendant quatre ou cinq ans, et qu'il fût venu ensuite demander son payement, l'exception n'aurait plus été opposable. Suffisait-il donc pour la paralyser de n'agir qu'après le délai fixé? Pour éviter cela, on permettait au signataire trompé d'intenter une action pour se faire rendre son billet, la *condictio chyrographi*. Si le porteur veut garder le titre, il devra établir qu'il est réellement créancier (4). Enfin, quand l'usurier se cache, ou s'absente, pour ne pas être soumis à la restitution du *chyrographum*, on peut rendre l'exception perpétuelle en faisant une déclaration : à Constantinople,

(1) F. 4, § 16, *de doli mali except.* D. 44, 4. — Cette exception était également donnée contre le stipulant qui agissait *ex stipulatu* sans avoir fait la numération (Instit. liv. IV, tit. 13, § 2). = (2) L. 14, Cod., *de non numerata pecunia*, 4, 30. — Cod., Hermogen., tit. *de cauta et non numerata pecunia*. = (3) L. 3, Cod., *de non numerata pecunia*, 4, 30. = (4) L. 7, Cod., *de non numerata pecunia*, 4, 30. — L. 3, Cod., *de condict. indebiti*, 4-5. — L. 4, *de condict. ex lege*, 4, 9.

devant un des magistrats qui rendent la justice; en province, devant le président ou le défenseur de la cité; et en l'absence des fonctionnaires civils ou militaires, devant l'évêque (1). Mais si on a laissé écouler le délai de deux ans sans employer aucun de ces moyens, il y a aveu tacite de la sincérité du titre.

CHAPITRE IV.

CONTRATS CONSENSU.

Instit., liv. III, tit. XXII.

Pr. Consensu fiunt obligationes *in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.* Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque præsentia omnimodo opus est, ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio; sed sufficit, eos qui negotia gerunt consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri *ex bono et æquo* præstare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

Les obligations naissent du consentement dans la vente, le louage, le mandat et la société. On dit que l'obligation est consensuelle parce qu'il n'est pas nécessaire de l'écriture ou de la présence des parties, ou même d'une tradition pour faire naître le lien civil; il suffit du consentement de ceux qui traitent. Ce genre d'engagement peut être pris entre absents par lettre ou par messager. De même, dans ces contrats, les parties sont liées réciproquement, conformément à l'équité; tandis que dans les obligations verbales, il y a un créancier qui stipule et un débiteur qui promet.

Ce qui caractérise les quatre contrats consensuels, suivant le texte des Institutes, c'est qu'ils font naître des obligations réciproques, *ultro citroque*; cela est vrai pour la vente, le louage et la société. Quant au mandat, cette allégation n'est pas exacte dans tous les cas; il arrivera souvent que le mandant ne sera pas lié, et quand il aura des obligations à accomplir vis-à-vis du mandataire, elles viendront, non de la convention elle-même, mais bien d'un événement arrivé pendant l'accomplissement du mandat. Les parties sont liées *ex æquo et bono*, parce que ces contrats viennent du droit des gens.

A la liste donnée par le paragraphe, il faut ajouter l'emphythéose sous Zénon, et les autres pactes légitimes dans lesquels le simple consentement faisait naître une obligation sanctionnée par une action.

DE LA VENTE.

Sommaire. — 1. *Définition et formes de la vente.* — 2. *Ses éléments constitutifs: objet; prix; personnes.* — 3. *Effets de la vente.* — 4. *Éviction et garantie.* — 5. *Obligations de l'acheteur.*

Les Romains appelaient le contrat de vente *emptio venditio*, afin d'indiquer les résultats produits pour l'acheteur, *emptor*, et pour le vendeur, *venditor*.

(1) L. 14, § 3, Cod., *de non numerata pecunia*, 4, 30.

Il faut définir la vente en droit romain : un contrat consensuel par lequel une personne s'engage à faire avoir un objet, *à titre de propriétaire*, à une autre personne, moyennant un prix en argent monnayé. Définition de la vente.

A. ***Formes de la vente.***

En principe, la vente n'est soumise à aucune forme déterminée.

Instit., l. III, tit. XXIII.

Pr. Emptio et venditio contrahitur, simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractæ. Sed hæcquidem de emptionibus et venditionibus, quæ *sine scriptura* consistunt, obtinere oportet : nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est. In his autem, quæ *scriptura* conficiuntur, *non aliter perfectam* esse emptionem et venditionem constituimus, *nisi et instrumenta* emptionis *fuerint conscripta*, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta, et, si per tabellionem fiant, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid ex his deest, et pœnitentiæ locus est, et potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione. Ita tamen impune recedere eis concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum : hoc et enim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arrhis expressum est.

Le contrat de vente existe dès qu'on est convenu du prix, quoiqu'il n'ait pas encore été payé, et qu'il n'y ait pas eu d'arrhes données; car ce qu'on remet comme arrhes est un signe que la vente est parfaite; mais ceci n'est vrai que pour les ventes faites sans écrit, car nous n'entendons pas innover sur cette sorte de contrats. Pour la vente faite par écrit, nous avons décidé qu'elle n'existerait que lorsque l'acte aurait été dressé et écrit, soit par les parties, soit par un tiers avec la signature des contractants : si l'acte émane d'un tabellion, il faut qu'il soit revêtu de toutes les formes exigées par la loi. Tant qu'il manque l'une de ces conditions, le vendeur et l'acheteur peuvent changer d'avis sans avoir à craindre une condamnation. Ils ne pourront cependant se dédire impunément que s'ils n'ont pas déjà donné d'arrhes; car, s'ils l'ont fait, celui qui refuse d'exécuter le contrat, qu'il y ait vente avec ou sans écrit, sera puni : l'acheteur, en ce qu'il perdra les arrhes qu'il a remises; le vendeur, en ce qu'il devra rendre au double celles qu'il a reçues, bien qu'il n'y ait pas eu de convention sur ce point.

La vente, qui était dans le principe un contrat exclusivement consensuel, prend un tout autre caractère dans le paragraphe qui précède; elle devient, en quelque sorte, un contrat littéral, puisqu'elle n'existera qu'après la confection de l'acte écrit : jusque-là, les parties peuvent se dédire sans avoir à craindre une condamnation à des dommages et intérêts; telle est l'interprétation donnée à la volonté des parties. Quand on voulait faire une vente par écrit, le contrat n'était point parfait, même quand il y avait eu des arrhes données; mais le législateur pensait alors qu'on les avait fixées pour servir de dommages et intérêts, si l'un des contractants changeait d'opinion. L'acheteur qui les avait remises pouvait les abandonner, si la convention cessait de lui plaire; le vendeur pouvait également

Vente par écrit.

Caractère des arrhes.

revenir sur sa parole en rendant au double ce qu'il avait reçu.

Il faut se garder, toutefois, de généraliser le principe contenu aux Institutes. A Rome, comme dans le droit français, les arrhes peuvent être envisagées sous deux points de vue : tantôt le mot *arrhæ* sert à indiquer des dommages et intérêts conventionnels, permettant, soit à l'une des parties, soit à toutes les deux, de se dédire du contrat ; tantôt, au contraire, cette expression signifie seulement la remise d'une chose, comme *argumentum emptionis*, comme démontrant qu'il y a vente parfaite, contrat achevé. Dans ce dernier cas, les parties ne peuvent se dédire que d'un commun accord. Ainsi, quand il y a eu remise d'un anneau, « si annulus datus sit arrhæ nomine, » il est évident que le vendeur ne pourra pas refuser d'exécuter le contrat en rendant deux anneaux (1).

Cas où la vente est soumise à des formes particulières.

La vente est parfois soumise à des formes particulières ; ainsi, quand on vend en masse les biens d'un débiteur insolvable (2), quand le créancier convertit en argent les gages ou les choses hypothéquées qui garantissent le payement de la somme due, il faut vendre aux enchères publiques (3).

Les biens des villes ne peuvent être aliénés qu'avec une permission de l'empereur, en présence des décurions et des principaux de la cité (4), chargés de rédiger les conditions de la vente.

Pour les biens des pupilles, on avait exigé un décret du préteur. Pour les choses du fisc, pour le patrimoine des églises, le consentement ne suffisait pas, il fallait suivre des formes destinées à éviter les fraudes (5).

La vente peut être faite avec les modalités usitées dans les autres contrats

§ 4 Emptio tam sub conditione, quam pure, contrahi potest. Sub conditione, veluti si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

La vente peut être faite aussi bien sous condition que purement et simplement ; sous condition, par exemple : « Si Stichus vous plaît d'ici à tel jour, vous le garderez à titre d'achat en payant tant de pièces d'or. »

C'est au titre des modalités que nous examinerons les effets des éléments accidentels ajoutés aux contrats par les parties.

B. *Éléments constitutifs de la vente.*

Il faut, pour que le contrat de vente existe, réunir trois éléments constitutifs : 1° un objet sur lequel porte le consentement ; 2° un prix payé par l'acheteur ; 3° des parties capables de contracter.

(1) F. 11, § 8, *de actionib. empt.* D. 19, 1. = (2) V. G. C. III. § 78 à 82. = (3) L. 3, Cod., *de jure dominii impetr.*, 8, 34. = (4) L. 3, Cod., *de vendendis reb. civitat.*, 11, 31. = (5) Tit. *de rebus eorum.* D. 27, 9. — Cod., tit. III-IV, lib. 10. — Novelle CXX, ch. VI, § 2.

PREMIER ÉLÉMENT. — OBJETS SUR LESQUELS PORTE LA VENTE.

La vente peut porter sur toutes les choses corporelles ou incorporelles qui sont dans le commerce. Il n'y a pas de difficulté pour la première catégorie de choses, ni même pour la seconde, quand il s'agit d'un usufruit ou d'une servitude; mais on mentionne souvent au Digeste, soit les actions, soit les créances, comme pouvant faire l'objet d'une vente, et au premier abord cela semble difficile à comprendre. Comment fallait-il s'y prendre pour faire passer à une autre personne le droit relatif dont on était investi? Il y avait deux manières d'agir. La plus efficace consistait à faire une novation par délégation; le débiteur s'engageait vis-à-vis de l'acheteur de la créance, et il était libéré vis-à-vis du vendeur (1). Mais le plus souvent on cédait la créance en constituant le cessionnaire *procurator in rem suam*. Ce moyen était commode en ce qu'il ne demandait pas l'intervention du débiteur cédé; d'ailleurs, ce mandat passait aux héritiers du cessionnaire, comme s'il était devenu réellement créancier (2). Toutefois, la *procuratio in rem suam* présentait des inconvénients : d'abord, jusqu'après le payement, les autres créanciers du cédant pouvaient venir demander à partager le produit de la créance et réduire le cessionnaire à un simple dividende; puis le cédant pouvait révoquer le mandat jusqu'à la *litis contestatio*, et se faire payer à lui-même la somme due. Cependant, ce dernier inconvénient avait été évité sous les empereurs; le débiteur auquel on signifiait la cession ne devait plus payer au créancier cédant; mais si la signification donnait au cessionnaire des actions utiles contre le débiteur, elle ne lui assurait pas un droit de préférence sur les autres créanciers (3).

Cession de créance.

L'objet peut être présent ou futur, pourvu que son existence soit possible; ainsi, les fruits que produira tel champ l'année prochaine. Il suffit même souvent d'une chance pour que le contrat existe; ceci s'applique à l'exemple, toujours cité, d'un coup de filet acheté d'un pêcheur, ou bien au cas où un oiseleur vend aléatoirement, pour une somme déterminée, tous les oiseaux qu'il pourra prendre dans la journée. Alors, dit Pomponius, « quasi alea emitur (4). »

On peut vendre une chose future, une chance.

Dans tous les cas, il faut que l'objet soit déterminé de manière à ce qu'on sache bien sur quoi le contrat a porté; on ne regarderait

L'objet doit être déterminé

(1) V., au titre *de la Novation*, les règles de la délégation et ses effets. = (2) L. 3, Cod., *de actione vendita*, 4, 39. — L. 33, *de donat.*, 8, 54. = (3) L. 4, Cod., *quæ res pignor.*, 8, 17. — La vente des créances ayant donné lieu à des abus de la part des spéculateurs, *alienis fortunis inhiantes*, Anastase déclara que les débiteurs cédés ne seraient tenus de rembourser aux cessionnaires que le capital réellement payé au cedant, avec les intérêts. Justinien étendit la décision aux cas où l'on cherchait à cacher la cession sous la forme de la donation. V. L. 22-23, Cod., *mandati*, 4, 35. — Cf. Cod. Nap., art. 1690, 841. = (4) F. 8, pr., § 1, *de contrah. emptione*. D. 18, 1.

pas comme sérieuse la vente d'un animal *in genere*; mais la détermination peut être plus ou moins précise; ainsi, on peut acheter l'esclave Stichus, ou bien l'un des esclaves du vendeur, ou bien enfin un esclave laboureur.


Vente per aversionem.

Quelquefois on achète un ensemble d'objets, comme tout le blé, tout le vin qui est dans tel magasin; les jurisconsultes romains disaient alors qu'il y avait vente *per aversionem* (1).

Choses qui ne peuvent pas être vendues.

Par opposition à la règle générale que nous avons formulée, les choses hors du commerce ne peuvent pas faire l'objet d'une vente.

§ 5. Loca sacra vel religiosa, item publica (veluti forum, basilicam) frustra quis sciens emit, quæ tamen, si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, *habebit actionem ex empto*, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum eum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

Celui qui achète sciemment des terrains sacrés, religieux, ou publics (comme un forum ou une basilique), fait un contrat nul. Mais s'il a été trompé par le vendeur, qui les lui a présentés comme profanes, il aura contre lui l'action d'achat pour obtenir une indemnité calculée sur l'intérêt qu'il avait à ne pas être trompé. Il en serait de même si on achetait un homme libre comme esclave.

Il faut ajouter aux cas cités par les Institutes : 1° les successions futures. Cependant, à l'époque de Justinien, on admet les contrats sur les successions non ouvertes, pourvu que le maître actuel y consente et persévère dans cette volonté jusqu'à sa mort (2); 2° les choses litigieuses ne sont pas valablement aliénées par le défendeur dont le droit est encore incertain (3); 3° le sénat avait défendu, sous Vespasien, de détacher pour les vendre les marbres et les statues qui ornaient les édifices : « Ne aspectus urbis ruinis deformetur; » la violation de cette prohibition était punie d'une amende double de la valeur de l'objet vendu (4).

DEUXIÈME ÉLÉMENT. — LE PRIX, PRETIUM.

La vente est un contrat en quelque sorte secondaire, c'est-à-dire que les peuples n'y arrivent qu'après avoir atteint un certain degré de civilisation. On commence par l'échange, et quand on a adopté un signe représentatif de la valeur de tous les objets, quand on a la monnaie, on peut arriver à faire des ventes et des achats.

Le prix doit être en argent. Discussion entre les deux écoles.

Chez les Romains, ces idées avaient cependant donné lieu à des discussions. Tout le monde admettait bien que le prix était la valeur représentative de la chose donnée, mais on n'était pas d'accord sur la nature qu'il devait avoir.

(1) F. 62, § 2, *de contrah. emptione*. D. 18, 1. — F. 4, *de periculo et commodo*. D. 18, 6. = (2) L. 30, Cod., *de pactis*, 2-3. — Cf. F. 2, § 3, *de his quæ ut indignis*. D. 34, 9. = (3) *De litigiosis*. D. 44, 6. — Au Cod., 8, 37. — Auguste avait infligé une amende de 50 sesterces à celui qui achetait, § 8, F. *de jure fisci*, attribué à Paul. — (4) F. 52, *de contrah. emptione*. D. 18, 1. — L. 2, Cod., *de ædificiis privatis*, 8, 10.

§ 2. Pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus an pretium esse possit, veluti homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium esse possit, valde quærebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere : unde illud est, quod vulgo dicebatur, per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utebantur græco poeta Homero, qui aliqua parte exercitum Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis :

Le prix doit être fixé en argent monnaye. On s'est demandé cependant s'il pouvait consister en d'autres choses, comme un esclave, un fonds ou une toge. Sabinus et Cassius pensent que le prix peut consister en d'autres objets; c'est pour cela qu'on disait ordinairement : la vente s'opère par l'échange des objets, et cette sorte de vente est la plus ancienne. On argumentait du poëte Homère, qui disait qu'une partie de l'armée grecque avait acheté du vin en donnant certaines choses en échange:

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δ' αὖ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Les Grecs, à la belle chevelure, achetaient du vin en donnant, les uns de l'airain, les autres du fer, des cuirs, des bœufs ou des esclaves.

Diversæ scholæ auctores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem. Alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quæ videatur res venisse, et pretii nomine data esse? nam utramque videri et venisse, et pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia dicentis, *permutationem propriam esse speciem contractus, a venditione separatam*, merito prævaluit, cum et ipsa aliis Homericis versibus adjuvatur, et validioribus rationibus argumentatur. Quod et anteriores divi principes admiserunt, et in nostris Digestis latius significatur.

Les Proculéiens étaient d'un autre avis, ils pensaient qu'il fallait distinguer la vente de l'échange; qu'autrement on ne pourrait pas reconnaître la chose achetée et la chose donnée comme prix; et cependant la raison ne permettait pas de considérer les deux objets comme étant le prix l'un de l'autre. On a préféré avec raison l'opinion de Proculus, qui soutient que l'échange est une convention distincte de la vente; il avait d'ailleurs pour lui d'autres vers d'Homère, appuyés par de très-fortes raisons. C'est là aussi ce que les empereurs avaient admis, et ce qui est expliqué plus au long dans notre Digeste.

Ainsi le prix devait être en argent monnayé. On avait repoussé avec raison l'opinion des Sabiniens; car, en droit romain, il importait souvent de distinguer la chose vendue du prix donné en échange; ainsi pour tous les cas d'éviction, et pour établir, soit les obligations du vendeur, soit celles de l'acheteur.


Caractères du prix. Il doit être réel, certain, sérieux.

Le *pretium* devait réunir divers caractères. Il fallait qu'il fût :

1° *Réel.* Si le prix était simulé, il y avait une donation et non pas une vente, ce qui était fort important à établir quand le contrat avait lieu entre époux. On disait, du reste : « Sine pretio nulla « venditio est (1). »

2° *Certain*, c'est-à-dire que le montant de la somme à payer fût déterminé par les contractants.

(1) F. 2, § 1. — F. 36, 38, *de contrah. emptione*. D. 18, 1.

§ 1. Pretium autem constitni oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et *certum* pretium esse debet. Alioquin, si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta : inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio, sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio, *quanti ille æstimaverit*, sub hac conditione staret contractus, ut, si quidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum ejus æstimationem et pretium persolvatur, et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus, cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.

On peut faire fixer le prix par un tiers.

Il faut déterminer un prix, car il n'y a pas de vente sans cela. Le prix doit être certain. Du reste[1], si les parties convenaient que la chose serait vendue pour un prix fixé par Titius, les anciens discutaient longuement pour savoir si le contrat était nul ou valable. Mais nous avons décidé que le contrat fait pour le prix que déterminera telle personne serait valable sous cette condition, que si la personne désignée fixait le prix, la tradition devait être opérée et le prix payé. Pour faire produire à la vente tous ses effets, l'acheteur aura l'*actio empti*, et le vendeur l'*actio venditi*. Mais si la personne indiquée ne veut pas fixer la somme, alors la vente est nulle, comme faite sans prix. Cette règle, nous paraissant juste pour la vente, doit être étendue au louage.

Ainsi, Justinien permet de faire fixer le prix par une tierce personne que les contractants choisissent; c'était l'avis de Proculus et de son école. Sabinus pensait, au contraire, que dans ce cas la vente devait être déclarée nulle (1).

On pouvait employer dans la détermination du prix des formules plus ou moins vagues, pourvu qu'en les appliquant on arrivât à un résultat certain; les jurisconsultes romains donnent les exemples que voici : « Quanti tu emisti; quanto pater tuus emit; quantum « pretii in arca habeo (2). »

3° Le prix ne devait pas être *vil*, c'est-à-dire qu'il fallait un certain rapport entre la somme payée et la valeur de la chose vendue. Si le vendeur avait éprouvé une lésion de plus de moitié, il pouvait demander la rescision du contrat; mais l'acheteur évitait les conséquences de cette demande en offrant de compléter le véritable prix (3).

TROISIÈME ÉLÉMENT. — PARTIES QUI FIGURENT DANS LE CONTRAT. QUI PEUT ACHETER OU VENDRE.

Incapacités pour la vente.

Toute personne capable peut acheter ou vendre; mais nous savons qu'il y a des incapacités spéciales : ainsi, la femme en tutelle, qui peut aliéner ses *res nec mancipi*, ne peut pas vendre ses *res nec mancipi* sans l'assistance de son tuteur. Julien pensait cependant,

(1) G. C. III, § 140. = (2) F. 7, § 1. — F. 37, *de contrah. emptione*. D. 18, 1. = (3) L. 2, Cod, *de rescindenda venditione*. D. 4, 44.

contrairement à l'avis de Labéon, de Proculus et de Celse, que la vente ainsi faite par la femme pouvait mettre l'acheteur *in causa usucapiendi*, quand il avait payé le prix convenu (1). Puis les officiers publics ne pouvaient pas acheter des fonds de terre dans toute l'étendue de leur juridiction. Les militaires étaient frappés de la même incapacité dans les provinces où ils étaient cantonnés (2). Enfin les tuteurs et les curateurs ne pouvaient pas acheter les biens des personnes dont ils géraient la tutelle ou la curatelle (3).

Quand on eut admis à Rome la possibilité de se faire représenter par des *procuratores*, on les employa, soit pour acheter, soit pour vendre. C'est au titre *du Mandat* que nous verrons les effets produits par la *procuratio*.

C. *Effets produits par le contrat de vente.*

La vente fait naître des obligations pour le vendeur et pour l'acheteur; mais elle n'opère jamais la translation de propriété par le seul effet du consentement : « Traditionibus et non nudis pactis « dominia rerum transferuntur. »

En droit français, quand le contrat porte sur une chose déterminée, dont le vendeur est actuellement le maître, il y a translation de propriété par cela seul que le contrat de vente existe (Cod. Napol., art. 1138). Mais, en droit romain, il fallait joindre à la vente des actes accessoires pour faire passer le *dominium* à l'acheteur. A l'occasion des *res nec mancipi*, on exigeait la tradition et même le payement du prix si la vente était faite sans terme, ou si on n'avait pas satisfait autrement le vendeur en lui donnant, soit des gages, soit un *expromissor* (4). Pour les *res mancipi*, il y avait nécessité de recourir à la mancipation et aux autres modes dont nous avons donné l'énumération, etc. (5).

La convention met la chose vendue aux risques de l'acheteur.

Mais la convention seule produit un effet très-important, en ce qu'elle met immédiatement à la charge de l'acheteur les chances de gain et de perte résultant des améliorations ou des dégradations naturelles qui peuvent modifier l'état de la chose vendue. Cette règle pourrait être modifiée du reste par des conventions formelles.

Les risques sont pour l'acheteur.

§ 3. Cum autem emptio et venditio contracta (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur): periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tamen etsi adhuc ea res emptori tradita

Lorsque la vente est parfaite (ce qui a lieu quand on est convenu du prix et de la chose si on traite sans écrit), les risques de la chose sont pour l'acheteur, bien qu'elle ne lui ait pas été encore livrée. Si donc l'esclave vendu est mort,

(1) F. Vatic., § 1. — Cf. G. C. I, § 192. — Ulp. Reg., tit. XI, § 27. = (2) F. 62, *de contrah. emptione*. D. 18, 1. — F. 9, 13, *de re militari*. D. 49, 16. = (3) F. 34, § 7, *de contrah. emptione*. D. 18, 1. Il faut appliquer ici tout ce que nous avons dit sur les incapacités générales de contracter. = (4) Instit., liv. II, tit. 1, § 41. = (5) V. t. I, p. 283.

non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse cœperit : emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine *dolo et culpa* venditoris acciderit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet : nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus erit. Idem et in cæteris animalibus cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori : *quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est.* Idem est etiam de furti et de damni injuriæ actione.

ou a été blessé; si la maison a été détruite en tout ou en partie par un incendie; si un fonds a été enlevé entièrement ou partiellement par la violence des eaux, ou s'il a diminué de valeur parce que les arbres ont été arrachés par la tempête, cette perte est pour l'acheteur, qui n'en sera pas moins tenu de payer le prix. Tout ce qui arrive sans le dol ou la faute du vendeur ne peut pas lui nuire. Mais, par contre, si le fonds augmente après la vente par l'effet de l'alluvion, le gain sera pour l'acheteur; car il faut donner les bonnes chances à celui qui supporte les mauvaises. Si l'esclave vendu prend la fuite ou est volé, et qu'il n'y ait ni dol ni faute du vendeur, il faudra examiner s'il avait pris la *custodia* à sa charge jusqu'au moment de la tradition. S'il l'a prise, il est responsable, sinon, il n'a rien à craindre. Nous donnerons la même solution pour les autres animaux et pour les autres choses. Mais le vendeur devra céder l'action en revendication et la *condictio* à l'acheteur, car il reste propriétaire jusqu'au moment de la tradition. Il en serait de même pour l'action de dol et l'action de la loi Aquilia.

Raisons des solutions données dans le paragraphe.

Les décisions du paragraphe reposent sur cette idée, que si la chose vendue a péri, le vendeur est dans l'*impossibilité* d'accomplir l'obligation de livrer, tandis que l'acheteur peut toujours trouver de l'argent pour payer. Il est donc évident que ces principes ne sont pas applicables au cas où il y a vente de choses fongibles, *genera non pereunt*. C'est pour cela que si on achète un certain nombre d'amphores de vin, à cent sesterces l'amphore, les risques ne sont pour l'acheteur qu'après la détermination de chacune des amphores, jusque-là ce sont des choses fongibles, des quantités (1). Il en est autrement quand on a acheté *per aversionem*, en bloc, tout le vin, tout le froment qui est dans un magasin; ici la chose est déterminée, c'est en quelque sorte un corps certain, et les risques seront pour l'acheteur dès qu'il y aura eu convention parfaite.

Dans la vente sous condition, on distingue la perte totale de la perte partielle.

Quand la vente est conditionnelle, on n'applique pas toujours le paragraphe des Institutes. La condition suspend l'existence du contrat; jusqu'à sa réalisation, il y a une simple espérance: or, si la chose vendue *périt* auparavant, la vente devient impossible faute d'objet, la convention n'a plus de base; mais s'il y a eu simplement

(1) F. 35, § 5, 7, *de contrah. emptione*. D. 18, 1.

détérioration, et que la chose existe encore, la règle reprend toute sa force; les risques seront pour l'acheteur, qui supporte les mauvaises chances comme il aurait profité des bonnes. Rien n'empêche, du reste, de faire une convention qui mette dans tous les cas la perte totale comme la destruction partielle à la charge de l'acheteur (1). On peut rattacher au même principe la décision qui fait supporter au vendeur les risques des liquides qui doivent être goûtés; il y a là une condition sous-entendue, l'acheteur n'a voulu se lier que si la chose lui convenait encore au moment de la dégustation (2).

Examinons maintenant les effets spéciaux de la vente en ce qui touche les obligations de chacune des parties.

Obligations du vendeur.

Obligations du vendeur. Le vendeur doit livrer la chose vendue, c'est là sa principale obligation, car on dit ordinairement, en droit romain, qu'il n'est pas tenu de transférer la propriété : « Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui « fundum stipulanti spopondit (3). » Celui qui a vendu n'est pas obligé de faire que le fonds devienne la propriété de l'acheteur, comme celui qui a promis y est tenu vis-à-vis du stipulant. Cela signifie que la vente de la chose d'autrui ne constitue point un contrat nul par lui-même, en ce sens, que si l'acheteur n'est pas troublé, s'il possède librement la chose à titre de propriétaire, il n'est pas admis à se plaindre et à demander au vendeur des dommages et intérêts : « Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est. » Il n'est pas douteux qu'on puisse vendre la chose d'autrui (4). Mais cette règle est subordonnée à une condition essentielle, à la bonne foi du vendeur, c'est-à-dire à la croyance où il était qu'il vendait sa propre chose; dans le cas contraire, la jurisprudence avait admis qu'il serait immédiatement tenu de payer des dommages et intérêts, parce qu'il a commis un dol : « Si *sciens* alienam rem ignoranti « mihi vendideris, etiam prius quam evincatur, utiliter me ex « empto acturum putavit in id quanti mea intersit meam esse fac« tam : quamvis enim alioquin, verum sit venditorem hactenus « teneri ut rem emptori *habere liceat*, non etiam ut *ejus faciat*, « quia tamen dolum malum abesse præstare debeat teneri « eum... (5). » Si vous m'avez sciemment vendu la chose d'autrui, quand j'ignorais cette circonstance, Africain a pensé que je pouvais utilement intenter l'action *ex empto*, même avant l'éviction, pour obtenir une somme correspondante à l'intérêt que j'avais à devenir

La vente de la chose d'autrui n'est pas nulle.

Le vendeur de mauvaise foi est immédiatement tenu de payer des dommages et intérêts.

(1) F. 8, 10, *de periculo et commodo*. D. 18, 6. — L. 5, Cod., *de periculo rei venditæ*, 4, 48. — F. 7, *de contrah. emptione*. D. 18, 1. — L'art. 1182, § 3, Cod. Nap., s'est écarté à tort de cette doctrine. = (2) F. 4, *de periculo et commodo*. D. 18, 6. = (3) F. 25, § 1, *de contrah. emptione*. D. 18, 1. = (4) F. 28, *de contrah. emptione*. D. 18, 1. = (5) F. 30, § 1, *de act. empt*. D. 19, 1.

propriétaire, bien qu'en principe, le vendeur ne soit tenu que de faire avoir librement la chose à l'acheteur, et non de lui en transférer la propriété; mais comme ici il avait implicitement promis de répondre de tout dol, il est tenu.....

Comment on livre. Le vendeur doit conserver la chose. Sa responsabilité est très-étendue.

La livraison de la chose vendue se fait en employant toutes les formes possibles de la tradition, depuis la remise effective jusqu'au constitut possessoire (1). Le vendeur doit, en attendant le moment de la livraison, conserver la chose et y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Souvent on exige de lui la *custodia*, et on le rend responsable, soit du vol commis sans violence, soit de la fuite de l'esclave vendu. Paul, qui l'assimile au commodataire, exige qu'il déploie une plus grande diligence que pour ses propres affaires: « Ut diligentiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet. » Mais si l'acheteur a été mis en demeure de prendre livraison, le vendeur n'est plus responsable que de son dol (2).

Obligation de garantie.

Après la tradition, le vendeur doit garantie; c'est ce que les Romains appellent *præstare auctoritatem*. On la définit: l'obligation de faire avoir librement la chose à l'acheteur et de l'indemniser en cas d'éviction. La chose vendue doit également avoir les qualités que l'acheteur avait en vue en contractant; de là deux espèces de garanties: l'une en cas d'éviction, l'autre pour les vices que peut avoir la chose.

Garantie en cas d'éviction. Comment elle a lieu.

L'éviction est définie: « Rei emptæ ablatio per judicem jure « facta. » La privation de la chose achetée, à la suite d'un jugement régulièrement prononcé. Elle peut avoir lieu de trois manières. D'abord lorsque, sur la réclamation d'un tiers, l'acheteur est condamné à rendre la chose; c'est le cas le plus évident. Si l'acheteur reste en possession moyennant une somme d'argent qu'il paye au revendiquant, il y a également éviction, car il possède en vertu de la seconde convention, et non de la première. Enfin, si l'acheteur a perdu la possession et qu'il succombe dans l'action qu'il intente pour la reprendre, c'est encore un cas d'éviction (3).

Dans ces diverses circonstances, l'acheteur a droit à une indemnité qu'il peut réclamer par deux actions bien différentes: 1° l'action *ex empto*, qui vient du contrat de vente; 2° l'action *ex stipulatu*, résultant d'une convention formelle.

Conditions pour qu'il y ait lieu à garantie.

Dans tous les cas, pour que le vendeur doive garantie, il faut la réunion de six conditions:

1° Que l'acheteur n'ait pas été averti des chances d'éviction, ou qu'il n'y ait pas une clause formelle de non garantie; et ici on devait encore distinguer si les parties avaient entendu faire une vente

(1) V. t. I, p. 239. = (2) F. 33, § 4, *de contrah. emptione*. D. 18, 1. — F. 3, 17, *de periculo et commodo*. D. 18, 6. = (3) F. 16, § 1. — F. 21, § 2, *de evictione*. D. 21, 2.

ordinaire ou un contrat aléatoire. Dans le premier cas, le vendeur n'était pas tenu de payer des dommages et intérêts pour l'éviction, mais seulement de rendre le prix, car il le détenait *sine causa*. Quand le contrat était aléatoire, l'acheteur ne pouvait pas se plaindre de la réalisation des chances mauvaises qu'il avait contre lui (1).

2° La cause de l'éviction doit être antérieure à la vente.

3° Il faut que l'achcteur soit dépouillé en réalité de toute la chose ou d'une partie. Mais dans ce cas, l'action *ex empto* s'étendait bien plus loin que l'action *ex stipulatu* (2).

4° Si l'acheteur a quelque reproche à se faire, il perd son recours en garantie : si, par exemple, il avait négligé d'opposer l'action publicienne quand il pouvait le faire; s'il n'avait pas usucapé lorsqu'on lui en avait donné les moyens; ou bien enfin s'il s'était laissé condamner faute de comparaître devant le juge (3);

5° L'acheteur poursuivi est tenu de prévenir son vendeur par une *denuntiatio*, afin qu'il puisse prendre sa place dans le procès. Du reste, la jurisprudence dispensait de cette déclaration, si le vendeur était présent, ou s'il se cachait pour qu'on ne pût pas le prévenir officiellement (4). Quant à l'époque de la *denuntiatio*, Labéon voulait qu'on la fît avant que le procès fût définitivement engagé; suivant Pomponius, il suffisait qu'il y eût encore possibilité pour le vendeur d'intervenir utilement (5).

6° L'éviction doit, enfin, être le résultat d'une décision judiciaire légalement prononcée; si elle vient de l'ignorance ou de la vénalité du juge, il ne serait pas juste d'en faire souffrir le vendeur (6). De même, si l'acheteur actionné en restitution consentait à faire juger la question par des arbitres, au lieu d'aller plaider devant les juges officiels, il était censé renoncer à tout recours en garantie (7).

Les conditions d'exercice sont en général les mêmes pour l'action *ex empto* et l'action *ex stipulatu*, mais les résultats sont bien différents :

Conséquences de l'action *ex empto* et de l'action *ex stipulatu*. Différences.

Dans l'action *ex stipulatu*, le montant de l'indemnité était fixé par la convention des parties; on s'en tenait aux paroles prononcées, sans examiner si la chose avait augmenté ou diminué de valeur. On stipulait ordinairement le double du prix. Les textes mentionnent cependant des stipulations *de evictione in triplum vel in quadruplum* (8).

(1) F. 11, § 18, *de act. empti*. D. 19, 1. — L. 27, Cod., *de evictionib.*, 8, 45. = (2) F. 16, 21, 51, pr., § 1. — F. 56, § 2. — F. 75, *de evictionib.* D. 21, 2. = (3) F. 55, 56, § 3. — F. 66, *de evictionib.* D. 21, 2. = (4) F. 56, § 4-5-6, *de evictionib.* D. 21, 2. — L. 8, Cod., *de evictionib.*, 4, 45. = (5) F. 29, § 3, *de legatis*, 3°. D. 32. — F. 29, § 2, *de evictionib.* D. 21, 2. = (6) F. 51, *de evictionib.* D. 21, 2. — L. 15, Cod., *de evictionib.*, 8, 45. — Frag. Vatic., § 8, 10. = (7) F. 56, § 1, *de evictionib.* D. 21, 2. = (8) F. 42, 43, 56, 64, *de evictionib.* D. 21, 2. Gérard Noodt prétend que les stipulations *in triplum et in quadruplum de evictione* ont été inventées par les rédacteurs des Pandectes.

Dans l'action *ex empto*, au contraire, on se plaçait au moment de l'éviction pour établir le chiffre de l'indemnité : « Ex empto actio, « non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest « competit. Ergo et si minor esse cœpit, damnum emptoris est (1). » L'action *ex empto* est donnée non pas pour recouvrer le prix seulement, mais bien jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'on a; si donc la chose a diminué, la perte sera pour l'acheteur. Cependant, comme la vente était un contrat de bonne foi, on estimait la plus-value *ex æquo et bono*. Si on avait vendu un esclave, devenu depuis un grand peintre ou un comédien habile, on ne payait pas, en cas d'éviction, la valeur énorme qu'il avait pu acquérir; la jurisprudence décidait ordinairement qu'on rembourserait le *double* du prix (2).

Quand il y a eu éviction particlle, et qu'on a fait la stipulation *de evictione dupli*, il faut distinguer comment le procès a été intenté. Si on suppose que le demandeur ait obtenu une quotité indivise, qu'il ait été déclaré propriétaire du quart ou du cinquième de la chose, l'acheteur évincé recevra le double de la quotité correspondante du prix, sans tenir compte de l'augmentation ou de la diminution de valeur survenue depuis la vente. Si l'éviction porte sur une part déterminée du domaine, par exemple sur une prairie, on fera le calcul de l'indemnité *ex bonitate loci* : « Quid enim, dit Ulpien, si, quod « fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro « vilissimum ? » Et alors le calcul était fait suivant la valeur de la chose au moment de la vente (3).

Une dernière différence, qui tient à la nature des deux actions, porte sur les fruits et les produits de la chose évincée. Ainsi on a acheté une femme esclave qui est enceinte, l'acquéreur est ensuite évincé du part, il ne pourra pas agir par l'action *ex stipulatu*, car la stipulation est intervenue à l'occasion de la mère et non de l'enfant. Il en serait tout autrement dans l'action *ex empto* (4).

Garantie des vices. Action redhibitoria et quanto minoris.

Quand une chose vendue n'a pas les qualités sur lesquelles l'acheteur a dû compter, il peut agir contre le vendeur, soit par l'action *ex stipulatu*, si le cas a été prévu, soit par l'action *ex empto* dans les autres hypothèses (5). Même dans cette dernière action, la responsabilité sera plus ou moins étendue suivant les cas : s'il y a eu mauvaise foi du vendeur, il doit réparer tout le dommage éprouvé par l'acheteur; s'il y a eu seulement ignorance, on l'oblige à rendre, la somme qui aurait été payée en moins, si on avait connu les vices (6). La matière des vices avait été minutieusement réglementée par les

(1) F. 70, *de evictionib.* D. 21, 2. = (2) Cf. F. 43, 44, 45, *de act. empti.* D. 19, 1. = (3) F. 1, 13, 64, *de evictionib.* D. 21, 2. = (4) Cf. F. 8, 16, 42, 43, *de evictionib.* D. 21, 2. = (5) F. 35, *de contrah. emptione.* D. 18, 1. — F. 31, § 20, *de ædilit. edicto.* D. 21, 1. — F. 37, § 1, *de evictionib.* D. 21, 2. = (6) F. 13, *de act. empti.* D. 19, 1.

édiles curules, dont les principales dispositions se retrouvent au Digeste, liv. XXI, tit. 1.

En principe, le vendeur répond même des vices qu'il ne connaissait pas; mais il en est autrement de ceux que l'acquéreur avait pu constater lui-même, comme l'absence d'un membre, une difformité physique, etc. (1). La responsabilité n'a pas lieu pour les ventes au enchères publiques et dans le cas de conventions formelles. Aulu-Gelle rapporte, d'après Cælius Sabinus, que si on vendait un esclave *pileatus*, la tête couverte d'un bonnet, cela signifiait qu'on entendait être dégagé de toute garantie (2).

En agissant *ex empto*, on arrivait à deux résultats qui ont donné leur nom à l'action elle-même.

Actio redhibitoria. Tantôt on faisait annuler la vente, quand la chose était tout à fait impropre à l'usage auquel on la destinait. L'action s'appelait alors *actio redhibitoria*, elle devait être intentée dans *six mois utiles*. « Tempus redhibitionis sex menses utiles habet, ex die venditionis. » Les jours utiles sont ici, comme dans les testaments, ceux pendant lesquels l'acheteur « scierit potueritque agere (3). » Tantôt les vices n'étaient pas assez graves pour amener la nullité du contrat, mais l'acheteur demandait une diminution de prix; ce droit durait une année utile : « *Si quanto minoris* agatur, annus utilis est. » On pouvait intenter l'action *quanto minoris* après avoir succombé dans l'action rédhibitoire (4).

Actio quanto minoris.

Obligations de l'acheteur. L'acheteur doit payer le prix au terme convenu, et transférer la propriété des pièces de monnaie au vendeur : « Emptor autem nummos venditoris facere cogitur. » Du reste, si des tiers élèvent des prétentions sur la chose avant le payement, il peut retenir le prix, à moins que le vendeur ne donne des garanties suffisantes (5). Les intérêts du prix sont dus à partir du jour de la tradition (6).

Obligations de l'acheteur.

L'acheteur doit prendre livraison au jour indiqué. Enfin, si le vendeur a fait des dépenses pour conserver la chose, il faut lui en tenir compte.

Pour contraindre l'acheteur à remplir ses obligations, on a contre lui l'*actio venditi* (7).

(1) F. 1, § 2. — F. 14, § 10, *de ædilit. edicto.* D. 21, 1. = (2) F. 1, § 3, *de ædilit. edicto.* D. 21, 1. — Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, liv. VII, ch. IV. = (3) F. 19, § 6. — F. 55, *de ædilit. edicto.* D. 21, 1. = (4) F. 48, § 2, *de ædilit. edicto.* D. 21, 1. = (5) L. 24, Cod., *de evictionib.*, 8, 45. = Cf. F. Vatic., § 12. = (6) F. 13, § 20, *de act. empti.* D. 19, 1. = (7) F. 9, 13, § 19, 22, *de act. empti.* D. 19, 1.

DEUXIÈME CONTRAT, CONSENSU. — LE LOUAGE.

Sommaire. — 1. *Conditions générales du louage.* — 2. *Du louage des choses; ses effets.* — 3. *Droit de superficie.* — 4. *De l'emphytéose; son histoire, ses effets.* — 5. *Du louage d'ouvrage.* — 6. *Du louage de services.*

Définition. Le louage est un contrat consensuel par lequel une personne s'engage, vis-à-vis d'une autre, à lui faire avoir la jouissance temporaire d'une chose ou à lui rendre certains services, moyennant un prix déterminé.

On voit par cette définition que le louage diffère du commodat en ce qu'il n'est pas gratuit, et de la vente en ce que l'on a pas en vue de recevoir une chose à titre de propriétaire.

Il y a trois sortes de louages que nous aurons à examiner successivement : 1° le louage des choses, *locatio, conductio rerum*; 2° le louage d'ouvrage, *locatio, conductio operis;* 3° le louage de services, *locatio, conductio operarum.*

SECTION PREMIÈRE. — Du louage des choses.

A. *Caractères généraux du louage.*

Instit., l. III, tit. XXIV. Pr. Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistunt. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur, si merces constituta sit. Et compelit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

Le louage est un contrat qui se rapproche de la vente, et qui est soumis à des règles analogues. Car, de même que la vente existe quand on est convenu du prix, de même il y a louage quand on a déterminé le loyer. Le bailleur a l'action *locati*, le preneur a l'action *conducti.*

Si les parties étaient convenues de faire un louage par écrit, le contrat n'existerait qu'après la confection de l'*instrumentum.*

Nous avons également à étudier, comme dans la vente, trois éléments du contrat : les choses louées, le prix du louage, les parties qui contractent.

1. Choses louées. On peut louer toutes les choses qui sont dans le commerce; il n'est pas nécessaire d'en être propriétaire, il suffit d'en avoir la jouissance, comme dans l'usufruit ou l'habitation. Nous savons même que la jurisprudence avait permis de louer une portion de la maison dont on avait l'usage, pourvu qu'on habitât soi-même l'autre partie. Il est aussi permis de sous-louer la chose dont on est simplement locataire, à moins que cette faculté n'ait été enlevée par une convention formelle : « Nemo prohibetur rem, quam conduxit, fruendam alii « locare, si nihil *aliud convenit* (1). »

2. Prix dans le louage. Le prix doit être en argent, et il faut qu'il soit déterminé d'avance

(1) L. 6, Cod., *de locato*, 4, 65. — F. 7, 8, 30, *locati.* D. 19, 2.

par les contractants ou par une personne désignée; la convention rentrerait autrement dans les *pacta*, appelés ordinairement contrats innommés.

§ 1. Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intellegamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, *nulla statim mercede* constituta, sed *postea* tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine *præscriptis verbis* actio datur.

Il faut appliquer ici ce que nous avons dit pour la vente, quand on remet le prix à l'arbitrage d'un tiers; la même règle doit être suivie si on charge un étranger de fixer le montant du louage. De même, si on porte un vêtement à un foulon pour le nettoyer, on à un tailleur pour le réparer, sans fixer actuellement le salaire, et sauf à payer ensuite une somme dont les parties conviendront, il n'y a pas en réalité louage, et il faudra employer dans ce cas l'action *præscriptis verbis*.

L'exemple donné dans la fin du paragraphe s'applique à un louage d'ouvrage, mais il en serait absolument de même dans un louage de choses; il faut donc avoir soin de déterminer d'avance la somme à payer par le locataire.

§ 2. Præterea, sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur : ita quæri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. Et placuit, non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. Veluti, si cum unum quis bovem haberet, et vicinus ejus unum, placuerit inter eos, *ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent*, et apud alterum bos periit : neque locati vel conducti, neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum præscriptis verbis agendum est.

En outre, de même qu'on se demandait s'il y avait vente quand on échangeait divers objets, de même on discutait pour savoir s'il y avait louage, si par hasard je vous avais remis l'usage ou la jouissance d'une chose, à condition que vous me remettriez l'usage ou la jouissance d'un autre objet. On a décidé que ce n'était pas là un usage, mais une convention spéciale. Par exemple, si deux voisins ont chacun un bœuf, et que ces deux personnes conviennent de se le prêter mutuellement, pendant dix jours, pour faire un travail. Un des bœufs périt chez l'une des parties; le propriétaire n'aura ni l'action de louage ni l'action de commodat, car la convention n'a pas été gratuite, mais on agira par l'action *præscriptis verbis*. Le prix doit être en argent.

Le prix doit être *réel* : « Si quis conduxerit nummo uno, « ductio nulla est; quia et hoc donationis instar inducit (1). » Mais on n'admettait pas qu'une personne capable pût faire annuler le louage pour vilité du prix : « Et ideo, pretextu minoris *pensionis* « locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi « locatio non potest (2). »

Les personnes qui figurent dans le louage sont : le bailleur, *locator*, et le preneur, *conductor*, d'une manière générale; quand il 3. Parties qui figurent dans le louage.

(1) F. 46, *locati*. D. 19, 2. — F. 52, *de donat. inter vir. et uxor*. D. 24, 1. = (2) F. 23, *locati*. D. 19, 2. — Le prix du louage est souvent désigné par les mots *pensio*, *merces*, *reditus*, etc.



s'agit du locataire de maisons, on l'appelle plus spécialement *inquilinus*, et pour les fonds de terre, *colonus*. Les deux parties doivent réunir les conditions ordinaires de la capacité; comme cas particuliers d'incapacité on peut citer: 1° les personnes qui, ayant administré une tutelle ou une curatelle, ne peuvent pas prendre à bail les biens de César avant d'avoir rendu leurs comptes; on voulait éviter le concours de deux créances privilégiées (1); 2° les militaires qui ne peuvent pas prendre de terres à bail pendant la durée de leur service: « Armis autem et non privatis negotiis occupentur; » ceux qui violent cette prohibition sont dégradés, déclarés infâmes et le propriétaire perd tous ses fermages (2); 3° les curiales ne peuvent pas louer les fonds d'autrui (3). On ne veut pas que les actions du fisc contre les curiales soient entravées par les réclamations des bailleurs.

Incapacités.

B. *Droits et obligations, soit du bailleur, soit du preneur.*

Obligations du locateur.

Le bailleur doit mettre le locataire en possession et lui donner tous les moyens de jouir de la chose louée; il est tenu de faire toutes les réparations nécessaires pour la maintenir en bon état (4). L'obligation de garantir de l'éviction, ou des vices, se retrouve dans le louage avec les mêmes caractères et les mêmes actions que dans la vente. On emploie l'action *ex stipulatu* avec ses calculs rigides, ou l'action *conducti in id quod interest* (5). Si cependant le bailleur offrait au preneur évincé une chose aussi avantageuse que celle qui avait été louée, il n'y aurait pas lieu à des dommages et intérêts, à moins que le locateur n'eût su dès le principe qu'il disposait de la chose d'autrui.

Règle spéciale aux maisons.

Le louage des maisons présentait une règle particulière, en ce que le locateur pouvait résilier le bail pour venir habiter lui-même l'édifice (6).

La vente fait cesser le droit du locataire.

Il faut remarquer également que le louage faisant naître une simple obligation personnelle, celui qui achetait la chose louée n'était pas tenu de respecter le bail; il pouvait expulser le locataire, qui avait alors son recours en garantie contre le locateur. Pour éviter ce résultat, on convenait toujours dans la vente que l'acheteur exécuterait les baux antérieurement consentis (7). Pour contraindre le locateur à accomplir ses obligations, on a contre lui l'action *conducti*.

Obligations du locataire.

§ 5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et, si

Le locataire doit accomplir toutes les clauses du bail, et il faut suppléer, sui-

(1) F. 49, *locati*. D. 19, 2. = (2) F. 50, *locati*. D. 19, 2. — L. 35, Cod., *de locato*, 4, 65. = (3) L. 30, *de locato*, 4, 65. = (4) F. 15, § 1. — F. 19, § 2, *locati*. D. 19, 2. = (5) F. 7-8-9, *locati*. D. 19, 2. = (6) L. 3, Cod., *de locato*, 4, 65. = (7) L. 9, Cod. *de locato*, 4, 65. — F. 25, § 1, *locati*, 19, 2. — Cf. Cod. Nap., art. 1743-1744.

quid in lege prætermissum fuerit, id *ex bono et æquo* debet præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem *diligentissimus* paterfamilias suis rebus adhibet. Quam si præstiterit, et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

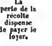
vant l'équité, à celles qui ont été omises. Celui qui a donné ou promis une somme d'argent pour avoir l'usage d'un vêtement, d'un objet d'argent ou d'une bête de somme, doit apporter à leur conservation tous les soins que le père de famille le plus diligent apporte à la conservation de son patrimoine. S'il l'a fait et que la chose ait péri par cas fortuit, il n'est pas tenu de la rendre.

On supplée au silence des parties par l'usage des lieux où l'on se trouve.

Le locataire doit user de la chose louée en bon père de famille, veiller à sa conservation et l'empêcher de se dégrader; il doit donc faire cultiver les champs, soigner les esclaves ou les animaux, etc. Il répond de sa *culpa levis in abstracto*, et de celle de ses esclaves; mais le cas fortuit n'est pas à sa charge, à moins de convention contraire (1).

L'obligation principale du locataire, c'est de payer le loyer, *pensio*, aux époques déterminées. S'il est resté deux ans sans le faire, on peut l'expulser. Plusieurs locataires de la même chose sont tenus *in solidum*, s'ils n'ont pas stipulé que l'action serait divisée (2).

Il y avait cependant deux cas dans lesquels le locataire pouvait se dispenser de payer : 1° s'il avait abandonné la maison parce qu'on y faisait de grandes réparations, ou parce qu'il avait juste raison de craindre un danger s'il continuait à y habiter (3); 2° le fermier d'un champs, *colonus*, était dispensé de payer le fermage si toute ou une grande partie de la récolte avait été perdue par un cas fortuit imprévu, comme une inondation ou une irruption des ennemis; mais si les années suivantes compensaient par une fertilité extraordinaire la perte éprouvée, le colon devait payer la somme dont il avait été momentanément déchargé (4).



A la fin du bail, le locataire devait rendre la chose louée, même quand il prétendrait avoir sur elle des droits de propriété; s'il refusait de faire la restitution d'une chose mobilière, les dommages et intérêts étaient fixés *ex jurejurando adversarii* (5).

Si le locataire avait fait sur le fonds des dépenses utiles ou nécessaires, on lui permettait, suivant les circonstances, de les enlever ou de se faire tenir compte des sommes avancées (6).

On avait contre le locataire l'action *locati*, pour le forcer à exécuter ses obligations.

(1) F. 9, § 2-3-4-5. — F. 11. 25, § 2. — F. 30, 4, *locati*. D. 19, 2. = (2) F. 54, § 1. — F. 56, *locati*. D. 19, 2.—L. 13, Cod., *de locato*, 4, 65.—Pour l'acquisition des fruits par le fermier, V. t. I, p. 264. = (3) F. 27, pr., § 1, *locati*. D. 19, 2. = (4) F. 15, § 2, *locati*. D. 19, 2. — Cf. Cod. Nap, art. 1769-1770. = (5) F. 48, *locati*. D. 19, 2. — L. 25, Cod., *de locato*, 4, 65. = (6) F. 19, § 4. — F. 55, § 1. — F. 61, *locati*. D. 19, 2.

C. *Comment finit le louage des choses.*

Le louage finit ordinairement par l'expiration du délai convenu. Comme ce n'est pas un droit exclusivement attaché à la personne, les obligations réciproques passent aux héritiers des parties contractantes, s'il n'y a pas de clause contraire dans le bail (1).

§ 6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductionem succedit.

Si le locataire meurt pendant la durée du bail, son héritier prend sa place pour le louage.

Tacite reconduction.

Si le preneur restait en jouissance à l'expiration du terme, il y avait un nouveau contrat supposé, une tacite reconduction faite aux mêmes conditions que le bail expiré; mais il fallait qu'à ce moment les deux parties fussent capables, ainsi la tacite reconduction serait impossible si le propriétaire était devenu fou (2).

Le louage finit également par la perte de l'objet et par tous les modes d'extinction applicables aux droits personnels. Nous avons déjà dit que le propriétaire avait droit d'expulser le locataire qui ne paye pas la *pensio*; il en est de même pour celui qui use mal ou qui abuse de la chose louée.

Le locataire n'a qu'un droit personnel, qui lui permet bien d'agir contre le bailleur, mais qui le laisse sans défense vis-à-vis des tiers. Si on lui enlève la possession, il n'a pas même un interdit pour la reprendre; c'est le locateur qui agira ou qui lui cédera ses actions comme *procurator in rem suam*. Il y avait cependant à Rome deux institutions qu'on peut considérer comme des espèces de louages, et desquelles il naissait un droit plus étendu, protégé par des actions civiles ou prétoriennes, c'étaient le droit de superficie et l'emphytéose.

DU DROIT DE SUPERFICIE.

Qu'est-ce que la superficie?

Pour les Romains, le mot *superficies* indiquait les bâtiments élevés sur le sol; nous savons comment la *prævalentia* de la terre absorbant toutes les constructions qu'on y élevait, on disait : « Omne quod inædificatur solo cedit (3). » On établit le droit de superficie pour éviter l'application des conséquences rigoureuses de ce principe. Le maître du sol concédait à un tiers le droit de bâtir et de jouir des bâtiments moyennant une redevance appelée *solarium*. En droit strict, il y avait bien acquisition pour le maître du terrain, mais il ne pouvait pas expulser le constructeur; et s'il voulait garder les édifices à l'expiration du terme convenu, il devait en payer la valeur (4).

(1) F. 4, *locati*. D. 19, 2. = (2) F. 13, § 11. — F. 14, *locati*. D. 19, 2. = (3) V. t. I, *Théorie de l'accession*, p. 275. = (4) F. 2, § 16-17, *ne quid in publico*. D. 43, 8. — F. 1, 3, *de superficiebus*. D. 43, 18.

Comment on l'établit.

Le droit de superficie pouvait être établi par legs, par vente, par donation, mais ordinairement on le constituait à titre de louage. Voici les termes de l'édit : « Uti ex lege *locationis sive conductionis* « superficie qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab « altero fruemini, quominus fruamini, vim fieri veto. Si *qua alia* « *actio* de superficie postulabitur, causa cognita, dabo (1). » Puisque vous jouissez du droit de superficie établi par louage, puisque la jouissance n'est pas *vi, clam, aut precario* pour l'un vis-à-vis de l'autre, je défends de la troubler par violence. Si on me demande une autre action pour le cas de superficie, je la donnerai en connaissance de cause.

Dans ce cas, les éléments étaient les mêmes que pour le louage. Il fallait un objet consistant dans un terrain appartenant, soit à un particulier, soit à une personne morale; un prix en argent; enfin des parties capables de contracter.

Droits du preneur.

Le preneur avait quelquefois des droits plus étendus que dans le louage ordinaire; pour le reconnaître, on distinguait la durée du droit consenti. Si le superficiaire était troublé par des tiers, et si le contrat avait été fait *ad modicum tempus*, les caractères du louage dominaient; il fallait demander au maître du sol d'agir contre les tiers, ou de céder ses actions. Si, au contraire, le droit devait durer un certain temps, on donnait au superficiaire lui-même un interdit, ou même l'action *in rem utilis* (2).

La jurisprudence avait tiré certaines conséquences du caractère mixte de la superficie; elle donnait l'action *ex empto* au superficiaire évincé et qui recourait en garantie; elle lui permettait d'établir des servitudes pour toute la durée de son droit, et on les faisait valoir par des actions ou des interdits utiles; il pouvait enfin donner en gage ou hypothéquer son droit de superficie (3).

Les risques étaient évidemment pour le superficiaire : le bailleur ne s'engageait qu'à laisser construire sur son terrain.

Comment finit la superficie.

Le droit de superficie finissait comme le louage par l'expiration du terme, par la ruine des édifices et le défaut de payement du *solarium*. Seulement, il n'est pas probable qu'on en vînt à expulser le constructeur dès qu'il y avait deux années d'interruption dans les payements.

DE L'EMPHYTÉOSE (4).

Instit., l. III, tit. XXIV

§ 3. Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio	Il y a une telle ressemblance entre la vente et le louage, que dans certains

(1) F. 1, *de superficiebus*. D. 43, 18. = (2) F. 1, § 1, 3, *de superficiebus*. D. 43, 18. — F. 73-74-75, *de rei vindicat*. D. 6, 1. = (3) F. 1, § 5, 9, *de superficiebus*. D. 43, 18. — F. 13, § 3, *de pignor*. D. 20, 1. — F. 16, § 2, *de pignerat. act*. D. 13, 7.

(4) BIBLIOGRAPHIE. — Pepin le Halleur, *Histoire de l'emphytéose*.

et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de prædiis, quæ *perpetuo* quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu *pensio* sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur : *lex Zenoniana* lata est, quæ *emphyteuseos* contractui propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, *sed suis pactionibus fulciendam;* et, si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem *totius* rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin *particularis*, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire. Quo jure utimur.

cas on se demande si les parties ont voulu vendre ou louer : c'est ce qui arrive pour les fonds dont on concède la jouissance à perpétuité, moyennant une redevance, c'est-à-dire avec la convention que si le loyer est régulièrement payé au maître, il ne pourra reprendre la chose, ni au locataire lui-même, ni à son héritier, ni aux personnes auxquelles il l'a transmise à titre de louage, de vente, de donation ou de dot. Mais comme les anciens n'étaient pas d'accord pour décider s'il y avait là une vente ou un louage, Zénon fit une loi donnant à l'emphytéose le caractère d'un contrat spécial, distinct de la vente ou du louage, et ayant ses conventions à part; il décida aussi que dans le silence des parties sur les risques, il faudrait distinguer : la perte totale porterait sur le maître, la perte partielle sur l'emphytéote. Telle est aussi notre opinion.

Origine de l'emphytéose. Zénon n'a pas créé l'emphytéose, il n'a fait que réglementer d'une manière plus précise une relation juridique remontant aux premiers temps des cités italiennes.

Il y a dans l'histoire de l'emphytéose trois périodes : 1° l'ancien droit s'appliquant aux *agri vectigales* des cités; 2° la période impériale, à partir de Constantin, pendant laquelle on applique les baux à longs termes aux biens du domaine impérial et à ceux des particuliers; 3° l'époque qui suit la constitution de Zénon.

PREMIÈRE PÉRIODE. — CONCESSIONS DE L'AGER PUBLICUS.

Ager publicus. Sa destination. Toutes les cités anciennes conservaient une certaine quantité de terrains incultes, destinés aux pâturages des troupeaux. La tradition nous apprend qu'il en fut ainsi à Rome et dans l'Italie. Les habitants envoyaient leurs troupeaux sur le fonds communal moyennant une redevance qu'ils payaient; de là ce passage de Pline : « Etiam « nunc in tabulis censoriis *pascua* dicuntur omnia ex quibus po- « pulus reditus habet, quia diu *hoc solum vectigal fuit* (1). » Avec le temps, Rome augmenta son *ager publicus* par ses conquêtes; puis l'agriculture s'étant développée, on sentit le besoin d'utiliser ces terres en les concédant, moyennant une redevance, *vectigal*, à des personnes chargées de les cultiver; de là les *agri vectigales*.

(1) Pline, *Hist. nat*, liv. XVIII, ch. III.

Ces concessions furent accaparées par les patriciens, qui augmentaient en les sous-louant, soit leurs revenus, soit leur influence politique, par l'extension donnée à leur clientelle.

Concession. Leur caractère.

On sait comment les lois agraires avaient précisément pour objet de revenir sur cet état de choses, et de demander de nouvelles concessions auxquelles les plébéiens pussent prendre part directement. Il vint un moment où ce vœu fut accompli, et on concéda d'immenses territoires, soit aux habitants de l'Italie, soit aux membres des colonies qui sortaient de Rome pour aller s'établir dans le Latium.

Ces concessions eurent un triple caractère : ou bien elles constituaient des baux ordinaires, ou bien elles étaient faites pour cent ans, ou bien enfin à perpétuité, tant que le *vectigal* était payé. Les concessions faites par Rome différaient de celles qui existaient dans les autres municipes de l'Italie, en ce qu'elles étaient révocables dès que la république avait besoin des fonds, soit pour les vendre, soit pour les concéder aux légionnaires ou colons; pour les autres villes, la concession était irrévocable tant qu'on payait le *vectigal*.

Condition des concessionnaires. Discussion.

La position des concessionnaires de l'*ager vectigalis* était loin d'être bien définie. Du temps de Gaïus, on se demandait encore s'il y avait en réalité vente ou louage (1).

Pour assimiler les détenteurs des fonds concédés à des acheteurs, on disait : la jurisprudence leur donne une revendication utile; ils ont également l'action publicienne, dans laquelle on suppose l'usucapion accomplie; on leur accorde les interdits possessoires; ils sont propriétaires des fruits dès leur séparation du sol, et sans qu'ils aient besoin d'en avoir pris possession; ils peuvent hypothéquer le fonds; enfin on leur applique les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* (2).

Pour soutenir qu'il y avait seulement louage, on répondait : les concessionnaires n'ont souvent qu'un droit temporaire, ils doivent payer une redevance annuelle; si la récolte est perdue, ils peuvent, comme les locataires, demander à ne pas payer le *vectigal;* nulle part on ne leur reconnaît le droit de concéder des servitudes, etc. Ces raisons avaient décidé beaucoup de jurisconsultes à ne voir là qu'un louage; mais comme ils y trouvaient cependant des caractères spéciaux, ils employaient pour désigner ce fait un mot emprunté à la langue grecque, *emphyteusis*, de ἐμφύθευειν, planter, semer; parce que le concessionnaire prenait l'engagement de défricher le terrain et de le mettre en état de culture.

(1) G. C. III, § 145. = (2) F. 1, § 1, *si ager vectig.* D. 6, 3. — F. 12, § 2, *de publiciana.* D. 6, 2. — F. 1, § 1, *de loco publico.* D. 43, 9. — F. 25, § 1, *de usuris.* D. 22. 1. — F. 16, § 2, *de pignerat. act.* D. 13, 7. — F. 9-10, *famil. ercisc.* D. 10, 2. — F. 7, *communi dividundo.* D. 10, 3.

Pendant cette première période, qui s'étend jusque vers le règne de Constantin, il est incontestable que les concessions à long terme s'appliquent surtout aux fonds des cités; cependant il n'est pas impossible que les grands propriétaires aient déjà commencé à suivre cet exemple. Peut-être il y a-t-il entre le développement du colonat et de l'emphytéose des relations qui nous échappent.

DEUXIÈME PÉRIODE. — CONCESSIONS DU DOMAINE IMPÉRIAL ET DE L'AGER DESERTUS.

Au quatrième et au cinquième siècle, on ajoute aux biens des cités, qu'on donnait ordinairement en emphytéose, d'autres terrains appelés *fundi patrimoniales*, *fundi divini domus*, etc., expressions qui servent à désigner les domaines impériaux. Pour ces biens, l'histoire de l'emphytéose est extrêmement obscure; ce qui résulte le plus clairement des textes du Code Théodosien et du Code de Justinien, c'est que l'administration du domaine impérial suivait deux marches différentes dans ses concessions. Tantôt elle vendait le fonds, en transférant la propriété, mais cependant l'acheteur était obligé de payer une redevance annuelle, c'était le *jus privatum salvo canone*. Tantôt, au contraire, on faisait des locations perpétuelles, il est vrai, mais la propriété restait au domaine impérial, c'était le *jus perpetuum salvo canone* (1).

Il y a deux manières de concéder le domaine impérial.

Ager desertus.

Dans cette période, la législation commença à s'occuper aussi de l'*ager desertus*, c'est-à-dire des champs que les propriétaires laissaient en friche, faute d'avoir les moyens de les cultiver. On les adjugeait alors à ceux qui s'engageaient à les rendre productifs, et à payer un certain canon annuel (2).

TROISIÈME PÉRIODE. — DEPUIS LA CONSTITUTION DE ZÉNON.

Création du contrat d'emphytéose

Vers l'an 486 après J.-C., Zénon vint réglementer les diverses concessions qui étaient faites à ce moment par l'État, les cités, l'administration du domaine impérial, et enfin les particuliers. Il généralisa le nom d'*emphytéose*, et en fit une sorte de contrat consensuel, *suis pactionibus fulciendum*. Du reste, dans sa constitution, il ne s'occupait, au point de vue des détails, que de la question des risques. Si la chose donnée en emphytéose périt entièrement, le détenteur ne doit plus la redevance, le canon; s'il y a seulement perte partielle, on continue à devoir la redevance sans aucune diminution (3).

Caractère de l'emphytéose. C'est un droit réel, *sui generis*.

Mais quel était le caractère du droit résultant de l'emphytéose? Sur ce point, les opinions ont varié : les glossateurs voulaient y voir

(1) V. l. 9, 10, 13, Cod., *de fundis patrimon.*, 11, 61. — L. 7, Cod., *de fundis rei privatæ*, 11, 65. — L. 5, Cod., *de locat. prædior. civil.*, 11, 70. = (2) L. 7, 11, Cod., *de omni agro deserto*, 11, 58. = (3) L. 1, Cod., *de jure emphyteutico*, 4, 66.

un *domaine utile*, pendant que le *domaine éminent* restait au concédant. Cette opinion avait été amenée par l'organisation féodale qui existait en Europe au douzième et au treizième siècle. Aujourd'hui, on suit généralement l'avis de Cujas et de Doneau, qui regardent l'emphytéose comme un droit réel, *sui generis*, distinct de la propriété et de l'usufruit. Mais ce droit, malgré la constitution de Zénon, naissait de la tradition et non pas de la simple convention; ce qui est, du reste, une application de la règle générale dont nous avons plusieurs fois constaté l'existence.



A l'époque de Justinien, l'emphytéose peut être établie par acte testamentaire ou par simple convention; cependant, pour les biens de l'Église, il faut toujours un acte écrit (1). Puis, pour les fonds du domaine impérial, on exige une caution pour garantir le payement du canon annuel.

Sa durée.

Les concessions faites par les cités ou les particuliers étaient ordinairement perpétuelles; celles qui portaient sur les biens des églises étaient temporaires, elles ne pouvaient durer que pendant la vie du preneur et deux vies de ses successeurs. Cependant, on en vint à permettre des emphytéoses perpétuelles pour les églises, autres que celles de Constantinople (2). On ne constitue ordinairement d'emphytéose qu'à l'occasion des fonds de terre; on a même longtemps nié qu'elle pût s'appliquer aux maisons; mais à l'époque de Justinien, le doute n'est plus possible. Dans la novelle CXX, chap. I, § 2, l'empereur s'exprime de la manière suivante : « Si vero sunt loca « in quibus *antiquæ habitationes* depositæ sunt, ex quibus nullus « præbetur reditus... licentiam damus in emphyteuses *perpetuo* « jure tradere ipsa loca. »

Examinons maintenant quels étaient les droits et les obligations de l'emphytéote et du concédant :



L'emphytéote avait sur la chose un droit réel, qu'il pouvait faire valoir, même contre le propriétaire, par l'action *in rem* ou par les interdits. Il pouvait changer la culture du sol, à condition cependant de ne pas en diminuer la valeur (3). Nous avons déjà répété plusieurs fois qu'il avait droit aux fruits, comme s'il était réellement propriétaire. Enfin, il pouvait transmettre son droit à un tiers, soit entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, soit à cause de mort, par testament ou *ab intestat*.



Le droit de transmettre l'emphytéose entre vifs avait donné lieu à de graves difficultés. Il ne devait pas dépendre, en effet, de l'emphytéote, de se soustraire à ses obligations, en mettant à sa place un homme tout à fait insolvable; il fallait donc qu'il eût l'assentiment

(1) Nov. CXX, ch. v, § 2. = Nov. VII, ch. III. — Nov. CXX, ch. I, § 2. = (3) Nov. VII, ch. III, § 2.

du propriétaire, acceptant le nouveau débiteur. Or, cette novation ne se faisait pas gratuitement; souvent le concédant exigeait une forte somme pour libérer l'emphytéote. Justinien réglementa sur ce point les droits des parties. L'emphytéote doit faire signifier son intention de céder au propriétaire, qui a deux mois pour délibérer. S'il veut reprendre la concession, il peut le faire en payant lui-même la somme offerte par le tiers; c'est ce qu'on a appelé le droit de préemption. S'il accepte la cession, on lui compte un droit de mutation appelé *laudemium*, et qui est du cinquantième de la valeur du fonds (1). Le texte est muet pour la donation et l'échange; faut-il refuser au propriétaire le droit de préemption dans ces deux circonstances? Des auteurs l'ont soutenu; mais nous pensons qu'on devra faire, dans tous les cas de cession entre vifs, une estimation signifiée au propriétaire pour le mettre dans l'alternative, ou de reprendre la concession, ou de recevoir le *laudemium*. Il ne faut pas oublier que, même à l'époque de Justinien, on regarde l'emphytéose comme un moyen seulement de suppléer à l'impuissance du propriétaire; le retour de la terre entre ses mains ne peut donc être vu que d'un œil très-favorable.

Droit de préemption. *Laudemium* du cinquantième.

Le *laudemium* n'était pas dû pour les transmissions à titre d'héritier, et rien dans les textes n'autorise à l'exiger du légataire. Du reste, si on avait fait la transmission sans obtenir la permission du maître, il reprenait la concession; c'est ce qu'on a appelé le droit de *commise*.

Comme obligations, l'emphytéote devait cultiver le fonds, payer le canon et tous les impôts grevant la terre (2). Lorsqu'il était en retard, de trois ans pour les emphytéoses ordinaires, et de deux ans pour les biens des églises, on pouvait le déclarer déchu de la concession; mais le propriétaire avait le droit, s'il le préférait, de forcer l'emphytéote à payer et à continuer la culture du fonds.

Obligations du bailleur.

Celui qui a concédé un champ en emphytéose doit garantie, comme le locateur; mais il n'est pas tenu de faire jouir le preneur, il suffit qu'il lui ait valablement remis la possession. Quant au canon annuel, il ne pouvait jamais le changer pendant l'emphytéose, alors même que le fonds augmentait par alluvion; mais, d'un autre côté, à l'époque de Justinien, l'emphytéote ne peut pas demander à être déchargé de la redevance, même quand il aurait perdu par cas fortuit toute la récolte de l'année; puisque la perte partielle, même du fonds, est à sa charge, d'après la constitution de Zénon.

L'emphytéose finissait :

Comment finit l'emphytéose.

1° Par la perte de la chose; 2° par la mort de l'emphytéote sans héritiers testamentaires, ou *ab intestat*; 3° par l'exercice du droit de

(1) L. 3, Cod., *de jure emphyteutico*, 4, 66. = (2) L. 2, Cod., *de jure emphyteutico*, 4, 66.

préemption, ou par la commise, dans le cas de transmission; 4° si l'emphytéote cessait de payer le canon pendant trois ans, ou pendant deux ans, suivant les cas; 5° s'il détériorait le fonds; 6° s'il y avait usucapion du fonds par un tiers; 7° par la prescription de trente ans, opposée par le propriétaire à l'emphytéote.

SECTION II. — Du louage d'ouvrage.

Les principes généraux sont les mêmes que pour le louage des choses, mais il faut remarquer que le vocabulaire est ici moins bien déterminé : tantôt on appelle *conductor operis* celui qui fait travailler l'ouvrier; tantôt, au contraire, on le désigne par les mots *locator operis;* souvent on indique l'entrepreneur par l'expression *redemptor operis,* alors il n'y a pas de doute sur le sens (1).

Quand on vient à rechercher les règles particulières à ce contrat, il faut commencer par bien distinguer la nature la convention faite avec l'ouvrier, et voir s'il y a eu vente ou louage.

§ 4. Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, et acceperit, verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio contrahi videatur, an locatio et conductio. Cassius ait, materiæ quidem emptionem et venditionem contrahi, operæ autem locationem et conductionem. Sed placuit, tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit.

On se demande s'il y a vente ou louage quand Titius convient, avec un orfévre, qu'il lui fera pour dix pièces d'or un anneau ayant un certain poids, une certaine forme, et dont il fournira la matière. Cassius dit qu'il y a achat de la matière et louage du travail. Mais on a décidé que dans ce cas il y avait seulement une vente. Que si Titius fournit l'or et promet une certaine somme pour le travail, il y a là, sans aucun doute, un louage. Instit., l. III, tit. XXIV.

Il y aura souvent une question de fait à examiner, pour connaître le contrat dont il faudra appliquer les règles. Gaïus en donne un exemple tout romain :

§ 146. Item quæritur si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille : quæritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit, eorum qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri; at eorum qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse, idque ex accidentibus apparet, tamquam sub conditione facta cujusque venditione aut

On se demande s'il y a louage ou vente dans le contrat que voici : je vous ai livré des gladiateurs à condition que vous me payeriez 20 deniers pour la peine de chacun de ceux qui sortiront intacts de l'arène, et mille pour chacun de ceux qui seront tués ou estropiés. On a décidé que pour ceux qui revenaient intacts, il y avait louage; que pour ceux qui étaient tués ou estropiés, il y avait vente; que cela dépendait de l'événement. C'est comme si, à l'occasion de chaque esclave, on avait fait un louage ou une vente sous condition; Gaius. C. III.

(1) F. 11, 3. — F. 13. § 1, 3. — F. 25, § 7. — F. 59, *locati.* D. 19, 2. — F. 39, *de rei vindicat.,* 6, 1.

locatione; jam enim non dubitatur, quin sub conditione res veniri aut locari possint. — car il n'est pas douteux qu'on peut vendre ou louer conditionnellement.

Obligations de l'ouvrier.

L'ouvrier devait, à peine de dommages et intérêts, terminer le travail dans le délai convenu ; il répondait des malfaçons et des dommages arrivés aux matériaux par son impéritie ou son imprudence; mais sa responsabilité disparaissait s'il travaillait sous la direction du maître des matériaux (1),

Pour qui sont les risques ?

Quand un travail avait été entrepris en masse, *per aversionem*, les risques étaient pour l'entrepreneur, jusqu'après la livraison de la chose, à moins qu'il n'y eût un cas de force majeure, dont il ne pouvait pas répondre, comme un tremblement de terre (2). Si le travail devait être fait à tant la mesure, « ut in pedes, mensurasve « præstetur, » l'ouvrier pouvait exiger qu'on prît livraison, même avant la fin de l'entreprise, et les portions acceptées passaient aux risques et périls du propriétaire (3).

Obligations de celui qui fait travailler.

Celui qui a commandé le travail, *locator operarum*, doit prendre livraison à l'époque indiquée. S'il se laisse mettre en demeure, tous les risques sont pour lui ; il est tenu de payer le prix du travail commandé.

Pour contraindre les deux parties à exécuter leurs obligations, on a l'*actio locati et conducti.*

Le louage d'ouvrage finissait comme les autres louages. Nous pensons qu'il faut le considérer comme étant aussi terminé par la mort de l'ouvrier (4).

SECTION III. — Du louage de services.

Les principes sont les mêmes que pour le louage de choses.

Nous n'avons qu'à appliquer encore ici les principes généraux des deux autres louages. Comme règle spéciale, il faut remarquer le droit d'exiger le salaire accordé à celui qui a loué ses services, même quand il est empêché par un cas fortuit de faire ce qu'il avait promis. Ainsi, l'avocat garde ses honoraires si les parties transigent ou si tout autre événement, indépendant de lui, l'empêche de plaider (5). Ainsi, l'assesseur du magistrat qui l'avait accompagné en province doit recevoir son payement pour toute l'année, si le gouverneur vient à mourir (6).

Quand on avait engagé ses services à deux personnes successivement, il fallait commencer par satisfaire la première, sauf à payer à l'autre une indemnité (7).

(1) F. 9, § 5. — F. 13, § 5. — F. 51, § 1. — F. 58, § 1, *locati.* D. 19, 2. = (2) F. 36, *locati.* D. 19, 2. = (3) F. 30, § 3, *locati.* D. 19. 2. — Cf. Cod. Nap., art. 1789-1790-1791. = (4) Arg., F. 4, *locati.* D. 19, 2. = (5) F. 38, pr., § 1, *locati.* D. 19, 2. = (6) F. 19, § 9-10, *locati.* D. 19, 2. = (7) F. 26, *locati.* D. 19, 2.

TROISIÈME CONTRAT, CONSENSU. — LA SOCIÉTÉ.

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent certaines choses en commun pour en retirer un bénéfice, « lucri faciendi causa. » Définition.

L'idée de bénéfice, de *lucrum*, est l'élément constitutif de la société; en son absence, il y a seulement communauté, indivision, comme cela arrive dans le cas de legs d'une même chose à plusieurs personnes, ou quand divers acheteurs se réunissent simplement pour acquérir un même objet, « quod a societate longe remotum « est, » dit Ulpien (1). Il faudra donc rechercher avant tout quelle aura été l'intention des parties. Il est évident qu'on ne pourra pas faire une société *donationis causa*, puisqu'il est impossible que le donateur retire un bénéfice d'une semblable opération (2). L'idée de bénéfice est l'élément fondamental de la société.

A *Espèces diverses de sociétés reconnues par les Romains.*

Pr. Societatem coire solemus, aut *totorum* bonorum, quam Græci specialiter κοινοπραξίαν appellant; aut *unius alicujus negotiationis*, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti, emendi vendendique.

Nous faisons des sociétés, ou de tous biens, ce que les Grecs appelaient spécialement κοινοπραξίαν; ou pour un certain genre d'opérations, comme acheter et revendre des esclaves, de l'huile, du vin, du froment, etc. Instit., l. III, tit. XXV.

La société *totorum bonorum* comprenait tous les biens que les associés avaient actuellement, et tous ceux qu'ils pouvaient acquérir dans la suite, comme les hérédités, les legs et même les sommes provenant de certaines condamnations pénales, telles que le vol ou la loi Aquilia; cependant, on n'y comprenait pas les bénéfices faits dans des opérations illicites, *ex illicitis causis*. Par contre, toutes les dettes des contractants tombent dans la société, dont elles forment le passif (3). Étendue de la société *totorum bonorum*.

La société *alicujus negotiationis* avait pour objet de faire une série d'opérations déterminées; elle correspondait à ce que nous appelons les associations en participation (Cod. de comm., art. 48). Tout ce qui est perte ou bénéfice résultant de cette classe particulière d'actes enrichit ou appauvrit la société; tout ce qu'on acquiert autrement reste propre à chacune des parties (4). Société *alicujus negotiationis*.

Il y avait encore à Rome trois autres espèces de sociétés.

La société *omnium quæstuum*, de tous gains, qui comprenait tous les bénéfices faits après le contrat de société par le travail des associés; mais les hérédités, les legs et les donations à cause de mort, n'y étaient pas comprises. Le passif était correspondant, il ne com- Société *omnium quæstuum*.

(1) F. 31, 33, *pro socio*. D. 17, 2. = (2) F. 5, 2, *pro socio*. D. 17, 2.—F. 35, § 5, *de donat. mortis causa*. D. 33, 6. = (3) F. 3, § 1. — F. 52, § 16-17. — F. 73, *pro socio*. D. 17, 2. — (4) F. 52, § 1-5, *pro socio*. D. 17, 2.

prenait que les dettes contractées à l'occasion d'actes qui auraient pu enrichir la société (1). Dans le silence des parties, on supposait toujours qu'elles avaient voulu faire une société *omnium quœstuum.*

Société *unius rei.* Puis venait la société *unius rei*, quand on mettait en commun une seule chose, comme un esclave comédien pour le louer, ou une hérédité pour exploiter ce qu'elle contenait.

Société *vectigalis.* Enfin, il y avait à Rome une société *unius negotiationis*, qui avait un but particulier et quelques règles spéciales, c'était la *societas vectigalis*, société formée entre les publicains pour devenir fermiers de la perception des impôts directs ou indirects, dans les diverses parties de l'État romain (2).

Caractères de la société. La société est un contrat consensuel, par conséquent on n'exige aucune forme spéciale pour manifester la volonté; cependant elle sera souvent accompagnée de conventions accessoires destinées à établir la part que chacun des associés aura dans les bénéfices ou supportera dans les pertes.

Fixation des parts.

§ 1. Et quidem, si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, *æquales* scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent : nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duæ partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia.	Si les sociétaires n'ont pas fait de conventions spéciales sur leurs parts dans les gains et dans les pertes, on les divisera également. Que s'il y a sur ce point des conventions formelles, on les suivra : on n'a jamais douté qu'il ne fût très-permis de convenir qu'il y aurait deux tiers des gains et des pertes pour un associé, et un tiers pour l'autre.

Si les associés n'ont rien dit, ils partageront également le gain et la perte, sans tenir compte de la différence des apports : « Si non « fuerint partes societati adjectæ, *æquas esse constat;* » on suppose qu'il y a eu intention d'établir l'égalité, parce que l'industrie de l'un peut compenser l'apport plus considérable qui a été fait par l'autre (3).

Quand les parties ont déterminé des parts inégales, la quotité doit être la même, en principe, pour le gain et pour la perte :

§ 3. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro, vel in solo damno, in altera vero omissa : in eo quoque, quod prætermissum est, eandem partem servari.	Il est certain que si on a fixé les parts seulement pour le gain ou pour la perte, sans parler de l'autre rapport, on devra faire le même calcul pour les deux cas.

On pouvait du reste s'en rapporter, pour la fixation des parts, à un tiers, qui devait agir comme un homme de bien, *bonus vir*. Si sa

(1) F. 7 à 12, *pro socio*. F. 17, 2. = (2) F. 9, § 4, *de publicanis*. D. 39, 4. = (3) F. 29, *pro socio*. D. 17, 2. — Le Code Napoléon, art 1853, a interprété différemment l'intention des parties; il proportionne les droits et les obligations des associés au chiffre de leur apport.

décision était évidemment contraire à l'équité, on la faisait réformer par une action de bonne foi (1).

Mais pouvait-on convenir qu'on aurait telle part dans les bénéfices en supportant une portion différente dans les dettes? C'était une question discutée. Discussion.

§ 2. De illa sane conventione quæsitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium *lucri duæ* partes pertineant, *damni tertia*, ad Seium *duæ* partes damni, *lucri tertia*, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cujus sententia prævaluit, contra sentit, quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit meliore conditione in societatem admitti : nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit : quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum, quod superest, intellegatur lucri esse.

On s'est demandé si on devait valider cette convention intervenue entre Titius et Séius : il est entendu que Titius aura deux parts dans les bénéfices, et ne supportera qu'une part dans les dettes ; que Séius aura pour lui les deux tiers des dettes, et un tiers des bénéfices. Quintus Mucius regardait cet arrangement comme contraire aux caractères de la société, et par conséquent il refusait de le ratifier. Servius Sulpicius, dont l'avis a prévalu, était d'une autre opinion, parce qu'il peut arriver que l'industrie de l'un des associés soit d'une importance assez grande pour qu'on lui fasse une condition meilleure ; personne ne doute, en effet, que l'un ne puisse apporter son talent, l'autre ses capitaux, et qu'on partage également le gain ; souvent l'habileté de l'un des associés est considérée comme de l'argent. Et on a tellement repoussé l'opinion de Quintus Mucius, qu'on a permis de convenir que l'un prendrait part aux bénéfices et ne contribuerait pas aux dettes, c'est aussi ce que pensait Servius Sulpicius : il faut cependant entendre cela en ce sens, que s'il y a eu gain sur une opération et perte sur l'autre, on fait d'abord la compensation et on partage seulement le bénéfice net.

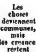
Mais on ne permettait pas de convenir que l'un aurait tous les bénéfices, pendant que les autres supporteraient toutes les pertes. C'est ce que les anciens appelaient déjà société léonine, probablement à cause de la fable de Phèdre : « Partibus factis, sic locutus « est leo (2). » Société léonine.

Dans la société, il faut réunir certains éléments. D'abord des sociétaires, qui peuvent être des fils de famille ou des esclaves, mais dans ces derniers cas, on devra faire concorder les règles de la société avec les principes des actions *de peculio* et *quod jussu* (3). Ensuite il faut un objet licite : « Generaliter traditur, rerum inhonestarum « nullam esse societatem (4); » ainsi la société faite pour commettre un délit, ou même la société imposée par un patron à son Éléments de la société.

(1) F. 75 à 80, *pro socio*. D. 17, 2. = (2) F. 29, § 2, *pro socio*. D. 17. 2. — Cf. Cod. Nap., art. 1855. = (3) F. 58, § 2-3, *pro socio*. D. 17, 2. = (4) F. 57, *pro socio*. D. 17, 2.

affranchi, « onerandæ libertatis causa (1). » Nous avons dit également que l'espoir de faire un bénéfice, *lucrum*, était l'élément naturel de la société.

B. *Effets du contrat de société.*


Les choses deviennent communes, mais les créances restent propres.

Les choses corporelles qu'on doit mettre dans la société deviennent immédiatement communes; il y a, au moment du contrat, une sorte de constitut possessoire; chacun des associés ne possède plus pour lui, mais bien pour la société : « Quia licet specialiter traditio non « interveniat, tacita tamen creditur intervenire (2). » Nous pensons que ce principe doit s'appliquer à toutes les sociétés.

Les créances, au contraire, restent propres à chacun des associés, malgré la promesse de les apporter dans le fonds social, la personnalité du lien domine, mais il y aura lieu à des cessions mutuelles par la *procuratio in rem suam* (3). Ce même principe d'attribution exclusive se fait sentir dans les contrats auxquels participent les associés, après que la société a été créée : « Si quis societatem con« traxerit, quod emit, ipsius fit, non commune; sed societatis judicio « cogitur rem communicare (4). »


Droits des associés.

Tous les associés peuvent se servir des choses communes; ils ont même le droit d'aliéner leur part dans la société, mais sans que l'acquéreur devienne pour cela sociétaire. On n'admettrait pas cependant qu'ils pussent rendre un terrain sacré ou religieux, parce qu'alors ils disposeraient de la part des autres. Il y a enfin une règle générale, c'est que s'il y a dissentiment sur les modifications ou les améliorations à apporter au fonds social, on doit conserver l'état présent : « Melior est causa prohibentis (5). »

Obligations des associés. Ils répondent de la faute *in concreto*.

La société fait naître des obligations pour ses membres : chacun d'eux doit veiller aux intérêts communs, et la négligence mérite d'être punie; mais on la calcule proportionnément à ce que la personne en faute fait pour ses propres affaires; on n'est donc tenu ordinairement que de la *culpa levis in concreto*.

§ 9. Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid *dolo* commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam *culpæ*, id est desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est : prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est : sufficit enim,

On s'est demandé si les associés doivent répondre les uns vis-à-vis des autres du dol seulement comme le dépositaire, ou bien s'ils sont responsables de la faute, c'est-à-dire de la négligence. Ce dernier avis a prévalu. Mais on ne calculera pas la faute suivant une diligence très-étendue ; il suffit d'apporter aux choses de la société les mêmes

(1) F. 3. § 3. — F. 52, § 17. — F. 53, *pro socio*. D. 17, 2. — F. 36, *de operis libert.* D. 38, 1. = (2) F. 2, *pro socio*. D. 17, 2. = (3) F. 3, *pro socio*. D. 17, 2. = (4) F. 74, *pro socio*. D. 17. 2. — Cf. Cod. Nap., art. 1859, § 2, 4. 1851. = (5) F. 20, 39, 68, *pro socio*. D. 17, 2. — F. 6, § 6. — F. 28, *commun. divid.* D. 10, 3. — L. 3, Cod., *de commun. rer. alienat.*, 4, 52.

talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, *qualem suis rebus adhibere solet*. Nam, qui parum diligentem socium sibi assumpsit, de se queri debet.

soins qu'on apporte à ses propres affaires. Celui qui a choisi un associé peu diligent doit s'en prendre à lui-même.

Cependant, si on confiait à l'un des associés des corps certains, avec estimation, il devenait responsable comme le commodataire, et on pouvait exiger de lui, même la *custodia* (1).

Bénéfice de compétence.

Quand les associés avaient à se payer des indemnités mutuelles, ils pouvaient invoquer le bénéfice de compétence, et demander à être tenus seulement *quatenus facere possunt*; cela vient de ce que la société fait naître, suivant Ulpien, des relations de fraternité : « Quodammodo jus fraternitatis. » Toutefois, il ne fallait pas s'être rendu insolvable par fraude, ou avoir commencé par nier qu'on fût associé (2).

Du reste, celui qui invoquait le bénéfice de compétence devait promettre de payer plus tard le surplus de la dette, si cela lui était possible.

Le bénéfice de compétence était personnel; il ne pouvait être invoqué par les héritiers de l'associé ou le père du fils de famille; mais le fidéjusseur l'opposait valablement, car si on l'avait contraint à payer *in solidum*, il aurait agi par l'action *mandati* contre l'associé, qui se serait vu indirectement privé du secours que lui donnait la jurisprudence.

Entre les associés, les difficultés étaient jugées par l'action *pro socio*, dans laquelle l'*arbiter* devait toujours prononcer *ex æquo et bono* (3).

Obligations des associés vis-à-vis des tiers.

Vis-à-vis des tiers, la position des associés était remarquable: chacun d'eux, en agissant, s'obligeait pour le tout, les autres ne pouvaient pas être poursuivis directement par le créancier; mais celui qui avait payé se faisait indemniser à l'aide de l'action *pro socio* : « Jure societatis, per socium ære alieno socius non obligatur, « nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint. » Les engagements contractés par l'un des associés n'obligent pas les autres, à moins que l'argent n'ait été versé dans la caisse commune (4). Pour assurer ce recours, si la dette était payable seulement après la dissolution de la société, les associés se donnaient mutuellement des garanties (5).

C. *Comment finit la société.*

Par la volonté des associés.

1° Elle se dissout par la volonté de tous les contractants, ou même de l'un d'eux seulement.

(1) F. 52, § 3-4, *pro socio*. D. 17, 2. = (2) F. 63, § 3, 4, 7. — F. 67, § 3, *pro socio*. D. 17, 2. — F. 22, *de re judicat*. D. 42, 1. = (3) F. 52, § 1, 4, 12, 15. — F. 27, 28, 38, *pro socio*, D. 17, 2. = (4) F. 82, *pro socio*. D. 17, 2. = (5) F. 27, 28, 38, 67, *pro socio*. D. 17, 2.



§ 4. Manet autem societas eousque, donec in eodem consensu perseveraverint; aut cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane, si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret, cogetur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renunciatum est, quicquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.

La société dure tant que les associés ne changent pas de volonté; elle est dissoute quand l'un d'eux manifeste l'intention de se retirer. Mais s'il le fait par fraude, afin de recueillir seul certains avantages, par exemple, si un associé de tous biens sait qu'il est institué héritier, et qu'il se retire de la société pour profiter seul de la succession, il devra remettre ce gain dans la masse; mais s'il fait quelque bénéfice sans l'avoir frauduleusement recherché, il lui appartient exclusivement. Tout ce qui arrive à l'associé duquel on s'est séparé, après la séparation, lui appartient en propre.

La renonciation à la société, faite avant l'expiration du terme convenu, était considérée comme intempestive, et on décidait que, s'il y avait des bénéfices réalisés postérieurement à cette renonciation, ils seraient exclusivement attribués aux autres associés; tandis que s'il y avait des pertes, le renonçant devait en supporter sa part. On appliquait également ces principes au cas où on se retirait de la société pour profiter exclusivement d'une succession. Si elle était bonne, il fallait la partager avec les autres; si elle était mauvaise, on en supportait seul les charges (1).

2° Par la mort de l'un des associés.

La mort d'un associé.

§ 5. Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit. Sed et, si consensu plurium societas coita sit, morte unius solvitur, etsi plures supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit.

La société est également dissoute par la mort d'un associé, car celui qui fait une société a en vue des personnes déterminées. Quand il y a en société contractée entre plusieurs, la mort d'un seul la fait cesser, à moins de convention contraire.

On pourrait donc convenir d'avance que la société durerait entre les survivants; mais Pomponius déclare qu'il y avait nullité de la clause dans laquelle on stipulerait la continuation de la société avec les héritiers de ceux qui mourraient; cela ne pouvait avoir lieu que pour la société *vectigalis*, dont la liquidation n'était guère possible qu'à l'expiration du bail fait avec l'État (2).

On assimilait à la mort la *media* et la *maxima capitis deminutio;* mais il en était autrement de la *minima*. Dans le cas de l'adrogation, on disait : « *Ipse* autem adrogatus socius permanet, nam et si filius« familias *emancipatus* fuerit, permanebit socius (3). »

Fin de l'opération.

3° Par la fin de l'opération qu'on avait en vue.

§ 6. Item si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas.

De même, si la société avait été contractée pour une opération qui est terminée, la société finit.

(1) F. 65, § 3, 6, *pro socio*. D. 17, 2. — (2) F. 59, *pro socio*. D. 17, 2. — (3) F. 63, § 1. — F. 58, § 2. — F. 65, § 11, *pro socio*. D. 17, 2.

4° Par la vente en masse des biens d'un associé.

Vente en masse des biens d'un associé.

§ 7. Publicatione quoque distrahi societatem, manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur : nam, cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

Il est certain que la société finit par la vente des biens, c'est-à-dire si on saisit et si on vend en masse les biens d'un associé ; car, puisqu'un autre prend sa place, on le regarde comme mort.

5° Par la cession de biens.

Cession de biens.

§ 8. Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, et ideo, propter publica aut privata debita, substantia ejus veneat, solvitur societas. Sed hoc casu, si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

De même, si un associé accablé de dettes fait la cession de biens, et que son patrimoine soit vendu pour satisfaire aux obligations qu'il a contractées, soit vis-à-vis des particuliers, soit vis-à-vis de l'État, la société est dissoute. Si les parties se réunissent cependant encore, il y a une société nouvelle.

Ici il y a liquidation forcée, puisque le cédant abandonne à ses créanciers, même la part à laquelle il avait droit dans la société;

6° La perte des choses qui sont dans la société amène aussi la cessation du contrat.

Perte des choses de la société.

On s'était demandé ce qu'il fallait décider quand l'un des associés devenait fou.

Justinien décide que les autres associés et le curateur pourront réciproquement demander la cessation de la société (1).

Quand la société est finie, les associés ou leurs représentants procèdent à la liquidation.

Liquidation de la société.

Pour partager l'actif matériel, ils emploient l'action *communi dividundo*. Nous devons rappeler ici que l'associé marié commence par prélever la dot de sa femme, à moins qu'il ne soit dès lors certain qu'il en restera propriétaire, sans être jamais condamné à la rendre (2).

Si les parties ont des indemités réciproques à se demander, elles le font par l'action de bonne foi, *pro socio*.

Enfin, les associés qui restent chargés de payer certaines dettes dans l'avenir reçoivent des autres intéressés des cautions, pour assurer leur remboursement (3).

QUATRIÈME CONTRAT CONSENSU. — DU MANDAT.

Sommaire. — 1. *Historique de son admission.* — 2. *Principes généraux du mandat.* — 3. *Ses diverses espèces.* — 4. *Effets du mandat, pour le mandant et le mandataire.* — 5. *Comment cesse le mandat.*

Nous avons déjà fait remarquer qu'en principe, chez les Romains, l'homme libre ne pouvait pas se faire représenter par un autre homme

(1) L. 7, Cod., *pro socio*, 4, 37. = (2) F. 65, § 16. — F. 66, *pro socio*. D. 17, 2. = (3) F. 27-28, *pro socio*. D. 17, 2.

libre; mais la jurisprudence et les lois admirent successivement des exceptions à cette règle, « pro libertate, pro tutela, pro populo, ex « lege Hostilia, » quand il y avait vol commis au préjudice d'un citoyen prisonnier chez l'ennemi. Avec le temps, on peut dire que la prohibition disparait, si ce n'est dans quelques circonstances exceptionnelles, comme le testament, l'adition d'hérédité, la *cessio in jure*, etc.

Caractère du mandat.

Du reste, le mandataire n'était pas, comme en droit français, le représentant du mandant; il agissait pour lui-même et devenait propriétaire ou créancier, sauf à retransférer le droit à celui auquel il avait entendu rendre service : on pourrait l'assimiler au commissionnaire dans notre droit commercial. Cette règle elle-même reçut des modifications pour les *institores*, préposés à un commerce, et les *exercitores*, personnes mises à la tête d'une expédition maritime: les engagements qu'ils prenaient étaient censés naître directement contre le mandant; mais il y avait difficulté pour les créances qu'ils acquéraient. Des jurisconsultes faisaient dominer alors la personnalité du représentant. Enfin, nous avons vu comment, à l'époque de l'empereur Sévère, le *procurator* acquiert la possession de toute chose, et par suite, la propriété des *res nec mancipi*, même pour le mandant qui ignore l'accomplissement du mandat (1).

Dans le dernier état de la législation, comme on fait passer les principes de l'équité avant ceux du droit rigoureux, on se rapproche du système de représentation suivi en cette matière par le législateur français, en ce sens qu'on donne toujours l'action utile au mandant et contre lui; on le préférait même au mandataire qui voulait agir directement. C'est là une modification de l'ancien droit, qu'il est fort important de remarquer (2).

Définition du mandat.

Nous définirons le mandat : un contrat consensuel et de bonne foi, par lequel une personne s'engage à faire gratuitement une chose pour une autre personne.

Nous examinerons successivement : le mandat ordinaire, le *mandatum pecuniæ credendæ*, et enfin le mandat *ad litem*, quand un des plaideurs se fait représenter en justice.

SECTION PREMIÈRE. — Mandat ordinaire.

Principes généraux du mandat.

Le mandat étant un contrat consensuel peut intervenir *inter absentes*; il est exprès ou tacite. On dit au Digeste : « Semper qui non « prohibet pro se intervenire, mandare creditur (3). » Enfin, la rati-

(1) V. t. I, p. 248 et 241. = (2) F. 27, § 1. — F. 28, *de procurator.* D. 3, 3. — F. 10, § 1, *mandati.* D. 17, 1.— F. 31, *de negotiis gestis.* D. 3, 5.— F. 13, § 25, *de act. empti.* D. 19, 1. — F. 5, *de stipulat. prætoriis.* D. 46, 5. = (3) F. 60, *de regulis juris.* D. 50, 17.— F. 6, § 2. — F. 18. — F. 53, *mandati.* D. 17, 1. — Cf. Cod. Nap., art. 1985.

fication d'un acte déjà accompli équivaut au mandat qui aurait été donné auparavant. Le mandat est également spécial ou général; dans ce dernier cas, il ne comprend ordinairement que les actes d'administration, et le mandataire ne peut vendre que les fruits ou les choses susceptibles de se détériorer rapidement. Pour aliéner le reste du patrimoine, il lui faudrait un mandat plus étendu, par exemple, la *libera universorum negotiorum administratio* (1).

§ 43. Si cui *libera* universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

Si le propriétaire a confié la libre administration de ses biens à une personne, que celle-ci ait vendu et livré à un tiers une chose, elle lui en transfère la propriété. Instit., liv. II, tit. I.

Le mandat est susceptible de recevoir les modalités du terme ou de la condition.

§ 12. Mandatum et in diem differri, et sub conditione fieri potest.

Le mandat peut être donné à terme ou sous condition. Instit., l. III, tit. XXVI.

Mais comme c'était un lien tout personnel, on ne pouvait pas donner à une personne un mandat commençant *post mortem suam*; le mandant, au contraire, chargeait très-valablement quelqu'un de lui élever un tombeau après sa mort, ou bien, d'acheter un fonds pour le livrer à ses héritiers (2).

Les Institutes posent en principe que le mandat peut prendre naissance dans cinq circonstances différentes. Il y a cinq espèces de mandats.

Pr. Mandatum contrahitur *quinque* modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive, aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

Le mandat est contracté de cinq manières, ou dans l'intérêt du mandant seulement, ou dans l'intérêt du mandant et du mandataire, ou dans l'intérêt d'un tiers seulement, ou dans l'intérêt d'un tiers et du mandant, ou dans l'intérêt du mandataire et du mandant. Si le mandat est exclusivement dans l'intérêt du mandataire, il n'y a pas convention obligatoire, et l'action de mandat ne prend pas naissance.

§ 1. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.

Le mandat est dans l'intérêt de celui qui le donne, quand il vous charge de faire ses affaires, de lui acheter un fonds ou de le cautionner.

§ 2. Tua et mandatis, veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur, aut si, *volente te agere cum eo ex fidejussoria causa, mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis*, vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem *tibi deleget* in id, quod tibi debuerat.

Il y a intérêt du mandant et du mandataire, s'il vous charge de prêter à intérêt de l'argent à une personne qui emprunte pour faire ses affaires; ou bien si, quand vous voulez agir contre lui comme fidéjusseur, il vous donne mandat d'aller poursuivre à ses risques le débiteur principal, ou bien quand vous stipulez, à ses risques, d'une personne qu'il vous délègue pour s'acquitter de ce qu'il vous doit.

(1) F. 58, 63, *de procurator.* D. 33. = (2) F. 12, § 17. — F. 13, *mandati.* D. 17, 1.

Des trois exemples donnés dans ce paragraphe, le second doit surtout attirer notre attention.


Mandat donné par le fidéjusseur au créancier.

On suppose un fidéjusseur attaqué par le créancier, et qui lui donne mandat d'aller poursuivre le débiteur principal : il y a là intérêt du fidéjusseur, mandant, puisqu'il évite de faire les avances de toute la dette; il y a également intérêt du créancier, mandataire, qui pourra ainsi poursuivre cumulativement le débiteur principal, par l'action du contrat; et, s'il n'est pas payé en entier, le fidéjusseur, par l'action *mandati*. Or, nous savons que, d'après les vrais principes du droit romain, le créancier ne pouvait pas poursuivre successivement le débiteur et le fidéjusseur : *uno electo actio consumebatur*. Il y a donc intérêt à pouvoir saisir et faire vendre deux patrimoines, plutôt qu'un seul. A l'époque de Justinien, ce mandat devient inutile, puisque le créancier peut poursuivre tous les engagés, les uns après les autres; nous savons aussi qu'on avait permis au fidéjusseur d'opposer le bénéfice de discussion, pour contraindre le créancier à saisir d'abord les biens du débiteur principal (1).

Exemple de la délégation imparfaite.

Le troisième exemple s'applique à ce qu'on appelle une délégation imparfaite, c'est-à-dire une novation, dans laquelle le créancier accepte un nouveau débiteur, en se réservant l'action *mandati* contre le délégnant, s'il n'y a pas payement à l'échéance (2).

Il y a encore ici intérêt des deux parties, puisque celui qui donne mandat est libéré de son obligation primitive, et que le délégataire se trouve avoir deux patrimoines pour gages de sa créance.

§ 3. Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.	Le mandat est dans l'intérêt d'autrui, quand on vous charge de gérer les affaires de Titius, d'acheter pour lui un fonds ou de le cautionner.

Quand on donne mandat dans l'intérêt d'un tiers, on ne peut pas contraindre le mandataire à exécuter, c'est le principe que nous avons appliqué au cas de la stipulation pour autrui. Cependant le mandataire qui a exécuté a une action contre le mandant, car il y a intérêt pour lui à être remboursé de ses avances (3). Si le mandant était intéressé à l'exécution du mandat, d'une manière ou d'une autre, par exemple s'il avait agi comme *negotiorum gestor*, il est évident qu'il pourrait intenter contre le mandataire l'*actio mandati directa*.

§ 4. Sua et aliena, veluti si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum	Il y a mandat dans son propre intérêt et dans l'intérêt d'autrui, si on vous charge de gérer les affaires communes

(1) V. *Supra* la théorie de la fidéjussion, p. 140. = (2) F. 22, § 2. — F. 45, § 7, *mandati*. D. 17, 1. = (3) F. 8, § 6, *mandati*. D. 17, 1.

emeres, vel ut pro eo et Titio sponderes.

au mandant et à Titius, ou d'acheter un fonds, ou bien de vous porter caution pour lui et Titius.

§ 5. Tua et aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes. Quod si sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

Il y a mandat qui vous profite et qui profite à autrui, si on vous charge de prêter à intérêt de l'argent à Titius. Que si vous prêtez sans intérêt, le mandat est seulement à l'avantage d'autrui.

Il s'agit ici du *mandatum pecuniæ credendæ*, dont nous parlerons dans notre seconde section.

§ 6. Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emptiones prædiorum colloces, quam feneres, vel ex diverso, ut feneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium : quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabitur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat tibi, eam emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares : sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Le mandat est dans votre intérêt, quand on vous engage à placer votre argent en terres plutôt qu'à le prêter, ou réciproquement. Il y a dans cet acte un conseil plutôt qu'un mandat, et par conséquent il n'est pas obligatoire ; car personne n'est tenu par l'action *mandati* pour un conseil donné, même quand il n'est pas avantageux à celui qui l'a reçu ; c'était à lui à examiner s'il était bon de le suivre. Si donc vous avez chez vous de l'argent qui ne rapporte rien et qu'on vous ait engagé à acheter telle chose, à prêter à telle personne, quand même ce conseil serait peu profitable, vous n'aurez pas l'action de mandat. Cela est tellement vrai, qu'on s'est demandé si on avait l'action de mandat contre celui qui vous a chargé de prêter de l'argent à Titius ; mais on suit de préférence l'avis de Sabinius, qui regarde ce mandat comme obligatoire, car, sans cela, vous n'auriez pas prêté à Titius.

Il y aura donc à examiner, en fait, si en vous disant de prêter à Titius, on a voulu donner un simple conseil ou se porter mandant responsable (1).

Dans tous les cas, le mandat doit avoir un but licite.

§ 7. Illud mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. Licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

Le mandat contraire aux bonnes mœurs n'est pas obligatoire ; si, par exemple, Titius vous donne mandat de commettre un vol, de causer du dommage à autrui, ou d'insulter quelqu'un. Quand même vous auriez payé une somme à titre de peine par suite de ces actes, vous n'aurez aucune action en recours contre Titius.

Ulpien formulait ce même principe en disant : « Rei turpis nullum mandatum est, et ideo hac actione non agetur (2). »

Le mandat est un contrat essentiellement gratuit.

(1) F. 12, § 12, *mandati*. D. 17, 1. — (2) F. 6, § 3, *mandati*. D. 17, 1.

§ 13. In summa sciendum est, mandatum, nisi *gratuitum* sit, in aliam formam negotii cadere : nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Et ut generaliter dixerimus : quibus casibus, sine mercede suscepto officio, mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus, interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intellegitur. Et ideo, si fulloni polienda curandave vestimenta dederis, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.

Il faut bien remarquer que si le mandat n'est pas gratuit, il prend la forme d'un autre contrat ; s'il y a un prix en argent, il devient un louage. Et, comme nous l'avons dit, toutes les fois qu'il y a mandat ou dépôt parce qu'on a contracté gratuitement, il y a louage si on a stipulé un salaire. Donc, si j'ai remis un vêtement à un foulon pour le nettoyer, à un tailleur pour le réparer, sans établir de prix et sans en promettre, j'aurai l'action de mandat.

Quelquefois le mandat est accompagné d'honoraires. Cependant des textes supposent qu'il y a salaire sans qu'on sorte du mandat. Voici comment s'exprime Ulpien : « Si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio (1). » Papinien parle du *salarium procuratori constitutum* ; c'est là simplement une délicatesse de langage : en réalité, tout service salarié est un louage. Cependant, on a toujours répugné, à considérer comme des espèces de serviteurs gagés certaines personnes qui rendent des services payés, dont la valeur n'est pas exactement appréciable en argent : ainsi les soins d'un médecin, les leçons d'un professeur, l'office d'un avocat, etc. Du reste, souvent ce salaire était demandé par une *cognitio extraordinaria*, que le magistrat jugeait directement, sans renvoyer devant un *judex* (2).

Effets produits par le mandat. Le mandat produit des obligations immédiatement pour le mandataire, et *ex post facto* pour le mandant.

1° Pour le mandataire.

§ 11. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est : susceptum autem consummandum, aut quamprimum renuntiandum est, ut per semetipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntiatur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet, nisi justa causa intercessit, aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi.

On est libre de ne pas accepter un mandat ; mais quand on l'a accepté, il faut l'accomplir, ou avertir le plus tôt possible le mandant, pour qu'il fasse lui-même ou qu'il fasse faire par un autre les choses dont on était convenu. Si la renonciation au mandat est envoyée à un moment où le mandant ne peut plus faire l'opération, comme s'il n'était rien intervenu, on sera tenu par l'action *mandati*, à moins qu'on n'ait eu une juste raison de n'avoir pas fait la dénonciation ou de l'avoir faite en temps inopportun.

Le mandataire répond de la culpa levis in abstracto. Le mandat étant fondé sur la bonne foi, le mandataire doit agir comme un père de famille très-diligent, et on le déclare responsable de la *culpa levis in abstracto* (3). Comme conséquence de ce prin-

(1) F. 6, 7, 10, § 9, *mandati*. D. 17, 1. — L. 1, Cod., *mandati*, 4, 35. = (2) F. 1, § 10-11, *de cognit. extraordinar.*, 50, 13. — Cf. Cod. Nap., art 1986. = (3) L. 11, 13, 16, Cod., *mandati*, 4, 35.

cipe, on exigeait qu'il se renfermât dans les limites de sa mission; on lui permettait bien de rendre meilleure la condition du mandant, mais non pas de la rendre pire : car alors, disait-on, *aliud fecisse videtur* (1).

Il faut rester dans les limites du mandat. Discussion entre les deux écoles.

§ 8. Is, qui exequitur mandatum, *non debet excedere fines mandati*. Ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere : alioquin non habebis cum eo mandati actionem. Adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum; diversæ scholæ auctores recte usque ad centum aureos acturum existimant : quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem, quoniam, qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intellegitur, ut minoris, si possit, emeretur.

Celui qui accomplit un mandat ne doit pas en excéder les limites; si donc quelqu'un vous a chargé d'acheter un fonds jusqu'à concurrence de cent *aurei* (2), ou bien de cautionner Titius, vous ne devez ni acheter ni cautionner pour une somme plus forte, autrement vous n'aurez pas l'action de mandat. A tel point que, suivant Sabinus et Cassius, vous ne pourriez même pas réclamer les cent *aurei*; les Proculéiens pensaient qu'on pouvait valablement agir jusqu'à concurrence de cette somme, et cet avis est le plus favorable. Que si on a acheté pour une somme moindre, on a contre le mandant l'action *mandati*, parce que celui qui charge d'acheter un fonds pour cent *aurei* est censé avoir donné mandat de l'acheter pour moins, si cela était possible.

Le texte semble faire prévaloir l'opinion des Proculéiens, et cela n'est pas juste. Si le mandataire a payé cent vingt une maison qui vaut cent cinquante, il gardera l'opération pour son compte en disant au mandant qu'une fois en dehors des limites fixées par le contrat, il a agi pour lui-même. Si, au contraire, il a acheté cent vingt *aurei* une chose qui en vaut seulement quatre-vingt-dix, il recourra contre le mandant en lui disant : Voici l'objet que vous m'avez chargé de payer cent, prenez-le et remboursez-moi la somme convenue; de cette manière, en dépassant le mandat d'un sesterce, on se mettrait dans le cas de profiter de toutes les bonnes chances en laissant toutes les mauvaises au mandant. Quand on achetait au-dessous du prix fixé, on ne pouvait pas prétendre qu'on avait agi dans son intérêt exclusif, et si le mandataire avait refusé de livrer la chose, le juge l'aurait condamné à des dommages et intérêts fixés *ex jurejurando adversarii* (3).

Il faut rendre les fruits et les produits de la chose.

Si la chose achetée a produit des fruits, le mandataire doit les rendre. Ulpien résume très-bien la position résultant du mandat quand il dit : « Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil « remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet. » On agit contre le mandataire par l'action *mandati directa*, action infamante quand

(1) F. 3, 5, *mandati*. D. 17, 1. = (2) *L'aureus* valait, au temps des jurisconsultes classiques, 24 fr. 93 cent. V. M. Dureau de la Malle, *Économie politique des Romains*, t. 1, p. 450. = (3) F. 8, § 10. — F. 20, 48, *mandati*. D. 17, 1.

on est condamné; car, dit Constantin, toute négligence dans l'administration des affaires d'autrui constitue une faute. C'est une application du principe prétorien : « Grave est fidem fallere (1). »

2° Pour le mandant.

Au moment où naît la convention, le mandant n'a aucune obligation déterminée ; mais quand le mandataire a exécuté, il faut lui rembourser les sommes avancées et l'indemniser du dommage qu'il a pu éprouver par suite du mandat (2). On a, pour arriver au payement du capital et des intérêts, l'*actio mandati contraria*, qui est également infamante.

Comment finit le mandat.

Le mandat finit, d'abord par la consommation de l'affaire pour laquelle il a été donné. Même avant ce moment, il peut toujours finir par la révocation que fait le mandant.

Révocation.

§ 9. Recte quoque mandatum contractum, si, *dum adhuc integra res sit*, revocatum fuerit, evanescit.

Le mandat s'évanouit s'il est révoqué avant qu'il y ait eu exécution.

Il faut bien comprendre le texte du paragraphe quand il dit que les choses doivent être entières : cela est vrai pour que le mandat s'évanouisse sans laisser aucune trace; mais quand même l'exécution serait commencée, le mandant a toujours le droit de révocation, seulement il devra tenir compte au mandataire des dépenses qu'il aura déjà faites (3).

Renonciation.

De son côté, le mandataire peut, comme nous l'avons vu, renoncer au mandat quand les choses sont encore en état, et que la renonciation ne doit causer aucun préjudice au mandant, à moins qu'il n'y ait de justes motifs, comme des infirmités, des embarras d'affaires, etc.

Mort des parties.

Enfin, dans tous les cas, le mandat finit par la mort de l'une des parties. C'est un contrat dans lequel on est censé traiter spécialement en vue de la personne à laquelle on a affaire ; le mandataire veut rendre service au mandant, et non à ses héritiers ; le mandant n'a confiance que dans le mandataire, et non dans les personnes qui prennent sa place à son décès.

§ 10. Item si, adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id est vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, ut, si mortuo eo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse exe-

De même, si les choses étant encore entières, il y a mort du mandant ou du mandataire, le mandat est résolu. Mais l'utilité a fait admettre que si le mandataire, dans l'ignorance de la mort du mandant, a accompli la mission qu'on lui avait confiée, il pourra exercer un

(1) L. 21, Cod., *mandati*. 4, 35. — F. 6, § 5, *de his qui notantur*. D. 3, 2. = (2) F. 3, § 1. — F. 12, § 9. — F. 56, § 4, *mandati*. D. 17, 1. — F. 61, § 5, *de furtis*, 47, 2. = (3) F. 15, *mandati*. D 17, 1.

cutus fueris mandatum, posse te agere mandati actione : alioquin justa et probabilis ignorantia damnum tibi afferet. Et huic simile est, quod placuit, si debitores, manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos : cum alioquin, stricta juris ratione non possunt liberari, quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.

recours, autrement il éprouverait une perte par suite d'une erreur qu'il ne pouvait pas éviter. C'est un cas semblable à celui dans lequel on déclare libérés les débiteurs qui ont payé par ignorance à l'intendant de Titius après son affranchissement; bien qu'en droit strict ils ne soient pas libérés, puisqu'ils ont payé à celui auquel ils ne devaient pas payer.

Nous savons, du reste, que ce principe n'est pas vrai pour le fidéjusseur; bien qu'il soit un vrai mandataire, son obligation passe à ses héritiers.

La *maxima* et la *media capitis deminutio* faisaient également cesser le mandat; la *minima* produisait le même effet pour l'adstipulateur, et, suivant quelques auteurs, pour l'*adjectus solutionis gratia* (1).

SECTION II. — Mandatum pecuniæ credendæ.

Sommaire. — 1. *Caractères de ce mandat.* — 2. *Différences avec la fidéjussion.*

Quand une personne avait donné mandat de prêter de l'argent à un tiers, la jurisprudence voyait dans cet acte une promesse de payer si l'emprunteur n'opérait pas le remboursement à l'échéance. Mais cependant il n'y a pas ici, comme dans la *fidejussio*, un contrat principal et un contrat accessoire; il y a deux conventions distinctes, parfaitement indépendantes, ce qui amène des différences pratiques dont voici quelques exemples : 1° le *mandator* précède toujours forcément le contrat, la *fidejussio* peut intervenir après; Différences avec la fidéjussion.

2° Avant Justinien, le créancier ne pouvait poursuivre que le débiteur principal ou le fidéjusseur; dans le *mandatum pecuniæ credendæ*, le créancier poursuivait celui des obligés qu'il voulait, et il recourait ensuite contre les autres jusqu'à ce qu'il y eût payement intégral (2);

3° Le mandant s'engageait *consensu*, ce qui pouvait avoir lieu *inter absentes*; le fidéjusseur s'engageait *verbis*, ce qui ne pouvait avoir lieu qu'entre présents;

4° Le fidéjusseur pouvait invoquer, soit l'exception *cedendarum actionum*, soit le bénéfice de division; le *mandator pecuniæ credendæ*, qui payait le créancier, pouvait exiger seulement la cession des actions;

5° Le *mandator* en payant ne libère pas le débiteur, qui reste tenu *ex stipulatu* ou en vertu du *mutuum*, tandis que le payement fait par le fidéjusseur éteignait toujours l'obligation principale;

(1) F. 38, 95, 58. *de solut.* D. 46, 3 = (2) F. 27, § 5. — F. 60, *mandati.* D. 17, 1. — F. 13, *de fidejussor.* D. 46, 1.

6° La loi Cornélia, qui limitait la somme pour laquelle les fidéjusseurs pouvaient s'engager *pro eodem*, *apud eumdem*, *eodem anno*, n'était pas applicable aux *mandatores pecuniæ credendæ*.

Entre le mandant et le débiteur pour lequel on avait agi, on appliquait, soit les règles du mandat ordinaire, soit les principes de la gestion d'affaires.

SECTION III. — Mandat ad litem.

Sommaire. — 1. *Il y a deux sortes de mandataires dans les procès.* — 2. *Règles concernant les* cognitores. — 3. *Règles applicables aux* procuratores.

Instit., l. IV, tit. X.

Pr. Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi *pro populo*, pro *libertate*, *pro tutela*. Præterea lege Hostilia permissum est, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, qui quæve in eorum cujus tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare: nam et morbus, et ætas, et necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sæpe hominibus impedimento sunt, quo minus rem suam ipsi exequi possint.

Aujourd'hui, toute personne peut agir en justice, soit en son propre nom, soit au nom d'autrui. Au nom d'autrui, comme procureur, tuteur ou curateur; autrefois cela ne pouvait avoir lieu que pour le peuple, pour la liberté et pour la tutelle. En outre, la loi Hostilia avait permis d'intenter l'action de vol au nom de ceux qui étaient prisonniers chez les ennemis, ou au nom de leurs pupilles. Et comme il était extrêmement incommode de ne pouvoir intenter une action ou défendre au nom d'autrui, on en vint à plaider par représentants; car la maladie, l'âge, les absences nécessaires et une infinité d'autres causes, peuvent empêcher les individus de faire eux-mêmes leurs affaires.

Il y a donc eu deux époques pour la représentation judiciaire: dans la première, qui a duré pendant toutes les actions de la loi, on ne l'admettait que dans certains cas 1° *pro populo*, quand on intentait une action populaire ou qu'on agissait comme syndic d'une cité; 2° *pro libertate*, quand on se portait *assertor libertatis*, pour une personne dont la qualité d'homme libre donnait lieu à un procès. Suivant Théophile, les Romains n'avaient pas voulu qu'il y eût procès entre le maître et la personne qu'on allait peut-être déclarer esclave; il avait donc fallu la faire représenter en justice par un tiers appelé *assertor libertatis*, et nous savons par Gaïus, C. 4, § 14, que sous les actions de la loi, afin de faciliter l'intervention de ces défenseurs de la liberté, on n'exigeait d'eux qu'un *sacramentum* de cinquante as.

Représentation *pro populo*.

Pro libertate.

A l'époque de la loi des douze Tables, les *vindiciæ*, la possession intérimaire, devaient toujours être pour la liberté; les avocats de Virginie disaient à Appius Claudius: « Lege ab ipso lata, vindicias « det secundum libertatem (1). » Et il n'y avait pas lieu de distin-

(1) Il faut lire dans Tite Live le récit dramatique de cette *vindicatio in servitutem*, où les formes de la procédure sont toutes indiquées (liv. III, ch. XLIV et suiv.).

guer si au moment du procès l'esclave prétendu était en servitude de fait, ou jouissait de la liberté. En effet, à cette époque, dans tous les procès où il s'agissait de propriété, le magistrat donnait le rôle de défendeur à qui bon lui semblait (1). Et on comprend que la liberté étant très-favorable, la loi des douze Tables ait fait une exception à la règle ordinaire, en attribuant toujours la liberté provisoire à celui que représentait l'*assertor*.

On s'est demandé si l'*assertor libertatis* était nécessaire, quand il s'agissait de revendiquer en servitude un homme libre en fait au moment du procès. Pour nous, l'affirmative ne fait aucun doute. Dans le procès de Virginie, Appius Claudius le déclare implicitement en disant que Virginius seul peut plaider pour la fille qu'il a *in potestate*, mais que dans les autres circonstances on admettait *quivis ex populo*. A l'époque de Constantin, la législation est aussi évidente que possible. Dans le Code Théodosien, au titre *de liberali causa*, liv. IV, tit. VIII, l. 5, Constantin décide que si on revendique en servitude des personnes actuellement en liberté, *libertate utentes*, et qu'elles ne trouvent pas d'*assertores libertatis*, elles devront être envoyées dans toute la province sous la garde d'un officier judiciaire, pour chercher un défenseur. « Circumductio præbeatur assertorem quæri titulo... » Si elles n'en trouvent pas, elles seront remises au revendiquant, non pas comme esclaves définitifs, mais comme esclaves supposés, jusqu'à ce qu'il se présente un *assertor*. Les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, dispensent cependant de la nécessité de l'*assertor* ceux qui, depuis vingt ans, vivent en liberté, ou qui ont rempli des fonctions publiques au su du revendiquant actuel, sans qu'il ait jamais réclamé (2).

A l'époque des jurisconsultes classiques, l'*assertio libertatis* rendant la défense plus difficile, on permettait à l'esclave qui avait perdu son procès de le recommencer trois fois; mais s'il avait triomphé, le prétendu maître ne pouvait pas intenter une seconde action : « In servitutem a victo, iterum non recte petitus est (3). » Justinien changea la législation en cette matière; il déclara que dans tous les cas l'esclave plaiderait pour lui-même, sans avoir besoin d'*assertor*, mais que tout serait terminé par la sentence du magistrat comme dans les autres contestations : « Jubentes adsertoris difficultatem « utroque casu cessare... Penitus interdicimus illis legibus quæ « dudum et *secunda* et *tertia* vice adsertorias lites examinari præ-

(1) G. C. IV, § 16. — (1) L. 5, Cod. Theod., *de liberali causa*, 4, 8. — Pour les obligations de l'*assertor*, et les peines infligées au revendiquant *in servitutem* qui perdait son procès, il faut lire le Commentaire de Godefroy sur ce titre. = (3) L. 4, 27, Cod., *de liberali causa*, 7, 16.

« cipiebant... Cum sit justum primam definitionem in suis manere « viribus (1). »

Autrefois, le procès se continuait ou pouvait même être intenté après la mort de la personne *vindicata in servitutem*, cependant un sénatus-consulte avait décidé, à l'époque de Sévère et d'Antonin, que l'on ne pourrait plus mettre en question l'état d'un défunt, cinq ans après sa mort (2).

Pro tutela. Le troisième exemple de représentation judiciaire permise dans l'ancien droit, c'est le cas appelé *pro tutela*. Théophile en donne dans sa paraphrase une explication inadmissible : il suppose deux individus qui se disputent une tutelle devant un tribunal; celui qui perd plaidait pour autrui, suivant lui, puisqu'il plaidait pour devenir tuteur. Les auteurs modernes supposent ordinairement le cas où le tuteur agit au nom du pupille *infans*; enfin, quelques personnes voient dans ces mots, *pro tutela*, le droit qu'avait tout citoyen romain de faire déclarer le tuteur suspect, s'il agissait *contra bonam fidem*. Ce dernier sens serait plus en harmonie avec le caractère rigoureux du système des actions de la loi.

Enfin, les Institutes mentionnent la loi Hostilia, sur laquelle nous n'avons aucun autre renseignement que les quelques mots contenus dans le texte.

Avec le temps, sous le système formulaire, on admit la représentation devant les tribunaux, et on distingua deux classes de représentants : les *cognitores* et les *procuratores*.

1° *Les cognitores.*

Gaius, C. IV § 83. Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur; nam actor ita cognitorem dat : QUOD EGO A TE, verbi gratia, FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; adversarius autem ita : QUANDO TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM PUBLIUM MÆVIUM COGNITOREM DO. Potest ut actor ita dicat : QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO; adversarius ita : QUANDO TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO. Nec interest præsens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit si cognoverit et susceperit officium cognitoris.

Le *cognitor* est mis à la place de la partie en présence de l'adversaire et à l'aide de certaines formules; voici comment le demandeur constitue le *cognitor* : « Comme je te réclame un fonds, par exemple, je te présente pour *cognitor* dans cette affaire Lucius Titius; » l'adversaire répond : « Puisque tu me demandes un fonds, je te donne pour *cognitor* dans cette affaire Publius Mævius. » Le demandeur pourrait encore dire : « Comme je veux agir contre toi, je te constitue un *cognitor* pour cette affaire; » et l'adversaire répondrait : « Puisque tu veux agir contre moi, je te constitue un *cognitor* pour cette affaire. » Peu importe que le *cognitor* donné soit présent ou absent; mais s'il est absent, il ne sera *cognitor* que lorsqu'il aura connu et accepté l'office dont on le charge.

(1) L. 1, Cod., *de adsertione tollenda*, 7, 17. — (2) L. 1, Cod., *ne de statu defunctor.*, 7, 21.

Caractère du *cognitor*. Conséquences.

Les formes sacramentelles de la constitution du *cognitor* tiennent probablement à ce qu'on le considérait comme remplissant les fonctions du *vindex* donné pour éviter les effets de la *manus injectio* (1). C'est aussi pour cela que la nomination du *cognitor* était placée parmi les *actus legitimi*, qu'on ne pouvait pas faire sous condition : « Sub conditione cognitor non recte datur (2). » On en conclut également que la femme en tutelle ne pouvait pas constituer un *cognitor* sans l'assistance de son tuteur (3), car l'action *judicati* serait donnée directement contre la femme qui ne peut pas plaider seule.

Avec le temps, les formules de la *cognitio* disparurent. Il est certain, dit Papinien, qu'on peut constituer un *cognitor* en employant la langue grecque; et, selon Ulpien, il ne faut pas déclarer nulle, comme pour les actions de la loi, la constitution dans laquelle on aurait changé quelques mots de la formule (4).

Les effets de la constitution du *cognitor* sont remarquables : pendant tout le procès, il est comme le *vindex*, tenu pour *dominus litis*, on ne peut pas le révoquer. D'un autre côté, comme il a été établi en présence de l'adversaire, il n'est pas tenu de donner la caution *de rato*, puisque celui qui l'a établi s'est engagé d'avance à ratifier ce qu'il fera. Quand il y a lieu à la caution *judicatum solvi*, elle est exigée du constituant et non du *cognitor* (5). Enfin, une fois le procès terminé, la personne du représentant s'efface, et on donne l'action *judicati* au constituant ou contre lui.

2° *Les procuratores.*

Gaius. C. IV.

§ 84. Procurator vero nullis certis verbis in litem constituitur; sed ex solo mandato, et absente et ignorante adversario, constituitur. Quin etiam sunt qui putant, *vel* eum procuratorem videri cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium, et caveat ratam rem dominum habiturum, igitur etsi non habeat mandatum agere tamen posse; quia sæpe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud judicem ostenditur.

Le procurateur n'est pas constitué devant le magistrat et avec des paroles solennelles, mais par un simple mandat, en l'absence et à l'insu de l'adversaire. Bien plus, il y a des auteurs qui regardent comme procureur celui qui vient de bonne foi, mais sans mandat, pour plaider l'affaire, et qui donne la caution *ratam rem dominum habiturum*; ils lui permettent d'agir, parce que souvent le mandat est d'abord douteux, et ensuite établi devant le juge.

Quand on avait constitué un *procurator*, il se produisait un effet très-remarquable lors de la *litis contestatio :* comme, à ce moment de la procédure, on déterminait les parties entre lesquelles la sentence devait être rendue, le *procurator* devenait, en quelque sorte, *dominus litis*, c'était lui qui gagnait ou qui perdait le procès, ce qui amenait une rédaction toute particulière de la formule.

(1) G. C. IV, § 21. = (2) F. Vatic., § 329. = (3) Arg. *a contrario*. — F. Vatic., § 325. 327. = (4) F. Vatic., § 317-318. = (5) G. C. IV, § 90, 97, 101. — F. Vatic., § 317.

Gaius. C. IV.

§ 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit; nam si, verbi gratia, Lucius Titius (*pro*) Publio Mævio agat, ita formula concipitur : SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM PUBLIO MÆVIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM LUCIO TITIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVE. In rem quoque si agat, intendit Publii Mævii rem esse ex jure Quiritium, et condemnationem in suam personam convertit.

Celui qui agit au nom d'autrui fait rédiger l'*intentio* au nom du maître de l'affaire, mais la condamnation est conçue au nom du procureur. Si donc Lucius Titius agit pour Publius Mævius, la formule est ainsi conçue : «S'il paraît que Numerus Negidius doive donner dix mille sesterces à Publius Mævius, juge, condamne Numerus Negidius à payer dix mille sesterces à Lucius Titius ; si cela ne paraît pas, absous. » De même, dans une action *in rem*, le *procurator* pose la question de propriété comme appartenant à Publius Mævius, et il fait rédiger la formule en son propre nom (1).

On donne l'action *judicati* à et contre le *procurator*.

De cette rédaction de la formule il résultait que l'action *judicati* était donnée au *procurator*, ou contre lui, et que le véritable intéressé pouvait refuser d'exécuter la sentence, en prétendant qu'il y avait eu *res inter alios judicata*. Donc si le *procurator* demandeur avait succombé, le mandant recommençait le procès sans avoir à craindre qu'on lui opposât l'exception *rei deductæ in judicio*. Pour éviter ce résultat, on avait exigé que le *procurator* donnât la caution *de rato*, par laquelle il garantissait l'approbation du mandant. Cette caution devait être demandée avant la *litis contestatio*; après, le *procurator* aurait pu la refuser (2).

Caution *de rato*.

Instit., l. IV. tit. XI.

Pr. Is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si *alieno nomine* judicium accipiebat. Ipse autem, qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator vero si in rem agebat, satisdare jubebatur, *ratam rem dominum habiturum* : periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiatur. Tutores et curatores eodem modo, quo et procuratores, satisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant si in rem agebatur.

Celui qui était poursuivi par l'action *in rem* devait donner caution, s'il défendait pour autrui. Celui qui agissait en son propre nom ne devait pas donner caution ; mais le procureur qui intentait l'action *in rem* devait garantir que le maître ratifierait la sentence; car il y avait à craindre qu'il ne voulût agir une seconde fois. Les termes de l'édit soumettaient également à la caution les tuteurs et les curateurs; mais on les en dispensait quelquefois. Voici pour l'action *in rem*.

§ 1. Sin vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, qua in rem agitur. Ab ejus vero parte, cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret : quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, judicatum solvi satisdare non cogebatur.

Si on agissait *in personam*, la règle était la même pour le demandeur. Quant au défendeur, s'il intervenait pour autrui, il devait donner caution ; car personne ne défend valablement pour autrui s'il n'y a pas de caution. Que si on défend en son nom propre à une action *in personam*, on n'a pas à donner la caution *judicatum solvi*.

(1) Add. G. C. 4, § 87. — (2) F. 39, § 1. — F. 40, § 3. — F. 51, § 2. — F. 52-53, *de procurat.* D. 3-3. — G. C. 4, § 98, 101.

Procurator præsentis.

A l'époque de Papinien, on avait assimilé au *cognitor* le *procurator* constitué par une personne présente, et alors il y avait dispense de donner caution, parce que l'action *judicati* était dirigée contre le mandant : « Quoniam præsentis procuratorem pro cognitore placuit « haberi, domino causa cognita dabitur, et in eum judicati actio (1). » On avait étendu cette interprétation au cas où le *procurator* avait été indiqué dans le libelle présenté au prince, et qui servait souvent de base à l'introduction de l'instance; de même, si le mandat avait été insinué *apud acta* (2).

Nous avons déjà dit qu'avec le temps, on avait toujours donné l'action *utilis judicati* au mandant et contre lui.

Incapacités d'être procurator ad litem.

Toute personne capable pouvait être choisie comme *procurator ad litem*; cependant il y avait quelques exceptions à cette règle.

Instit., l. IV, tit. XIII.

§ 11. Præterea etiam ex persona dilatoriæ sunt exceptiones; quales sunt *procuratoriæ*, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit : nam militibus nec pro patre vel matre vel uxore, nec ex sacro rescripto procuratorio nomine experiri conceditur; suis vero negotiis superesse sine offensa disciplinæ possunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter *infamiam* vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo perspeximus modo, conquiescere sancimus, ne, dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

Il y a des exceptions dilatoires quant à la personne; telles sont celles qui sont fondées sur ce que le *procurator* par lequel on veut agir est un militaire ou une femme; car les militaires ne peuvent pas agir en qualité de *procuratores* ni pour leur père, ni pour leur mère ou pour leur femme, même en vertu d'un rescript impérial; ils peuvent seulement veiller à leurs affaires, sans porter atteinte à la discipline. Quant aux exceptions opposées autrefois à cause de l'infamie du mandant ou du mandataire, comme on les appliquait peu, nous avons décidé qu'on n'en parlerait plus, pour éviter que leur discussion ne fasse trainer en longueur la décision du procès en lui-même.

Quelquefois les femmes pouvaient agir pour leurs ascendants, s'ils étaient empêchés et s'ils ne pouvaient pas trouver d'autres représentants (3). Sous les empereurs, on imposa à certains magistrats, comme les préteurs, les préfets de la ville, etc., la nécessité de plaider par procureurs; on craignait que leur présence n'enlevât au juge une partie de son indépendance (4).

Obligations des procuratores.

Entre le mandant et le mandataire *ad litem*, les droits et les obligations étaient les mêmes que dans le mandat ordinaire.

Le mandataire devait poursuivre le procès jusqu'à son issue, à moins qu'il n'en fût empêché par des événements graves. Quand on lui donnait l'action *judicati*, il devait rendre tout ce qu'il avait reçu à l'occasion du procès, même quand le juge avait prononcé une

(1) F. Vatic. § 331. — F. 79, *de verb. oblig.* D. 45, 1. = (2) F. 21, *ratam. rem.* D. 46, 8. —L. unic., Cod., *de satisdando*, 2, 57.—Instit., liv. IV, tit. II, § 3, 4, 5, 71. = (3) F. 41, *de procurat.* D. 3, 3. — Add. F. 1, § 3, *de postulando.* D. 3, 1. = (4) L. 25, Cod., *de procurat.*, 2, 13.

condamnation injuste. De son côté, le mandant devait indemniser le mandataire de toutes ses dépenses, comme frais de procédure, condamnations exécutées, etc. (1).

Fin de la procuratio ad litem. La *procuratio ad litem* s'éteignait comme le mandat ordinaire, avec cette différence qu'elle ne pouvait être révoquée que jusqu'à la *litis contestatio*; après ce moment, le préteur ne permettait la *translatio judici* qu'en connaissance de cause (2).

Defensor absentis. Quelquefois on admettait certaines personnes à venir plaider sans mandat pour des absents; cela avait lieu surtout pour les défendeurs. Vis-à-vis de l'adversaire, le *defensor* devait donner caution comme le *procurator*; vis-à-vis du *dominus litis*, on appliquait les règles de la gestion d'affaires (3).

APPENDICE A LA THÉORIE DES CONTRATS. — CONVENTIONS COMPROBATÆ JURE CIVILI.

En dehors des contrats du droit civil, il y a des conventions qui ont été approuvées et protégées, soit par la législation, soit par la jurisprudence. On peut les ramener à deux classes : 1° les *pacta legitima*; 2° les contrats innommés, *pacta re perfecta*.

Pactes légitimes; leur énumération. Les pactes légitimes sont, comme nous le savons, des conventions auxquelles les lois ont donné force obligatoire. Les principales sont : 1° la promesse de dot, sous Théodose; 2° la convention de donation, sous Justinien; 3° l'engagement de payer le *nauticum fenus*; 4° le *receptitium*, suivant la plupart des auteurs; 5° l'intérêt de l'argent pour certaines villes; 6° la promesse de payer des intérêts dans le *mutuum* d'orge, de froment, ou autres denrées (4).

Contrats innommés. Nous avons déjà indiqué sommairement les caractères de la seconde classe de conventions sanctionnées par le droit civil, et ordinairement appelées les *contrats innommés*.

Les contrats du droit civil ont deux caractères qui les font reconnaître : un *nomen*, qui les classe, puis une *causa*, c'est-à-dire un fait générateur, comme la tradition, les paroles solennelles, l'écriture et quelquefois le simple consentement. Toute autre convention est un pacte qui peut donner lieu à une exception, mais qui ne fait pas naître une action : « Ne ex pacto actio nascatur. »

Dans la pratique, cette règle avait souvent amené des résultats iniques, par exemple, pour des cas analogues à celui-ci : Je promets de vous donner une chose, et vous vous engagez, en retour, à me rendre un service déterminé. Cette convention ne rentre, ni dans la liste des contrats, ni dans celle des pactes légitimes, elle ne peut

(1) F. 8, § 3. — F. 10 à 14. — F. 30, 46, § 4-5-6, *de procurat.* D. 3, 3. = (2) F. 16 à 24, *de procurat.* D. 3-3 — L. 22, Cod., *de procurat.*, 2, 13. = (3) F. 28, 61, 76, 77, *de procurat.* D. 3-3. — F. 23, *de rei vindicat.* D. 6, 1. = (4) F. 5, § 1, *de nautico fenore.* D. 22, 1. — F. 30, *de usuris.* D. 22, 1. — L. 12, Cod., *de usuris*, 4, 32. — L. 6, Cod., *de dotis promiss.*, 5, 11.

donc pas faire naître une action; l'une des parties ne peut pas contraindre l'autre à exécuter, ou même à accepter l'exécution du pacte; mais s'il y a eu exécution par l'un des engagés, la jurisprudence voyait là une *causa* suffisante pour dire qu'il y avait *συνάλλαγμα, id est*, *contractus* (1).

Discussion entre les deux écoles sur l'action à donner.

Une fois le principe admis, on ne fut pas d'accord sur les moyens à employer pour le faire respecter. Sans doute, s'il y avait eu tradition faite, et que l'autre refusât de tenir sa promesse, tout le monde permettait de reprendre la chose par une *condictio* : « Ob rem datam, re non secuta (2); » mais ce n'était pas toujours un moyen de satisfaire complétement l'équité, et il y eut sur ce point un travail de jurisprudence assez difficile à suivre.

Opinion des Sabiniens.

Un premier point qui nous est connu, c'est qu'on proposa, dans la pratique, d'attacher une action à ces conventions, quand l'une des parties aurait exécuté. Les Sabiniens voulaient donner l'action du contrat qui présentait le plus d'analogie avec le fait à sanctionner; ainsi, pour l'échange, on aurait donné l'action *empti et venditi*; mais ce moyen ne pouvait pas toujours s'appliquer : par exemple, dans le cas d'une convention *facio ut facias*, ou bien, *faciam ut des*, il était assez difficile de décider s'il y avait acte analogue à la vente ou au louage. C'est probablement alors que cette école proposait l'action de dol, mentionnée dans quelques textes (3), et ainsi, elle aurait divisé les contrats innommés en deux catégories : 1° ceux dans lesquels le premier acte accompli aurait été une translation de propriété; pour ces cas, on donnerait l'action *ex empto*, ceci aurait compris toutes les conventions: *do, ut des*; *do, ut facias*; *do, ut præstes*, etc.; 2° la seconde catégorie aurait embrassé toutes les conventions dans lesquelles le premier acte accompli serait un fait quelconque autre qu'une translation de propriété; alors les Sabiniens auraient permis d'employer l'action de dol (4).

Opinion des Proculéiens.

Les Proculéiens ne suivaient pas le même système. Un de leurs chefs, Labéon, proposa d'appliquer à tous ces cas une action générale, dont la *demonstratio*, au lieu de contenir le nom du contrat, présenterait l'exposé du fait; puis viendraient l'*intentio* et la *condemnatio*, comme dans les autres actions.

Action in factum præscriptis verbis.

Cet avis ne fut pas adopté par les Sabiniens, et, chose remarquable, Gaïus ne le mentionne même pas dans ses commentaires. Cependant, avec le temps, l'opinion de Labéon prévalut; on désigna l'action qu'il avait inventée, soit par le nom d'*actio in factum præscriptis verbis*, soit par celui d'*actio in factum civilis*, parce qu'après

(1) F. 7, § 2, *de pactis*. D. 2, 14. = (2) F. 5, § 2, *de præscript. verbis*. D. 19, 5. = (3) F. 5, § 3, *de præscript. verbis*. D. 19, 5. = (4) Cf. Hugo, *Histoire du Droit romain*, t. I, § 123; Du Caurroy, n° 1039.

la *demonstratio* contenant le *factum*, on trouvait une *intentio concepta in jus*, et enfin une *condemnatio*, comme dans toutes les formules du droit civil

Quand on rencontre au Digeste des textes dans lesquels on fait mention de l'action de dol pour les contrats innommés, c'est une trace de l'opinion des Sabiniens.

Il faut remarquer que les Romains ne se servent pas, en général, des mots *contrats innommés;* à peine trouve-t-on dans le Digeste un ou deux passages qui se rapprochent de ce vocabulaire; les jurisconsultes désignent cette classe de conventions en indiquant les faits qu'on a en vue : *do, ut des; do, ut facias ; faciam, ut des*; *præsto, ut præstes*, etc. (1).

Exemples de contrats innommés.

Les Institutes mentionnent, dans des passages différents, trois contrats innommés dont nous devons indiquer les principes.

1° *L'échange.*

C'est une convention par laquelle deux parties s'engagent à se transférer réciproquement la propriété d'une chose comme équivalent d'un autre objet. L'échange est le type des contrats *do, ut des*; il diffère de la vente, d'abord par la forme, en ce qu'il exige une double tradition, tandis que la vente est purement consensuelle (2), puis par les effets.

Forme et effets de l'échange. Différences avec la vente.

L'acheteur doit transférer la propriété du prix qu'il livre; le vendeur est seulement obligé à faire avoir librement la chose à titre de propriétaire : dans l'échange, il faut que les deux contractants se transportent la propriété des choses livrées (3).

Enfin, dans la vente, les risques sont pour l'acheteur à partir du moment de la convention; dans l'échange non consommé, la chose périt pour celui qui devait la livrer (4).

Les parties ont mutuellement l'action de bonne foi : « Præscriptis verbis quæ ex permutatione competit; » elle sert aussi à agir en garantie si on est évincé (5). Cependant si l'une des parties a commencé par livrer sa chose, et que l'autre refuse de le faire, on peut, ou bien demander des dommages et intérêts par l'action *in factum præscriptis verbis*, ou bien se faire rendre l'objet livré par une condiction *ob rem datam, re non secuta* (6).

2° *Le contrat estimatoire.*

Cette convention consistait dans l'engagement que prenait un tiers de vendre une chose et d'en rapporter un prix fixé par le proprié-

(1) F. 5, *de præscript. verbis.* D. 19, 5. = (2) F. 1, § 2, *de rerum permutat.* D. 19, 4. — L. 3, Cod., *de rerum permutat.*, 4, 64. = (3) F. 1, § 3, *de rerum permutat.* D. 19, 4. = (4) Arg. F. 16, *de condictione causa data.* D. 12, 4. = (5) Instit., liv. IV, tit. 6, § 28.—F. 1, § 1, *de rerum permutat.* D. 19, 4. — L. 2, Cod., *de rerum permutat.*, 4, 64. = (6) F. 5, § 1, *de præscript. verbis.* D. 19, 5.

taire. Si l'intermédiaire en trouvait une somme plus élevée, il en profitait; mais par contre, s'il la vendait moins, il était toujours tenu de payer le prix convenu. Les risques étaient pour celui qui avait accepté la mission de vendre.

Il y avait eu difficulté pour savoir si cet acte constituait un louage, un mandat ou une vente. Pour finir la controverse, on déclara qu'il y aurait lieu à donner l'action *præscriptis verbis ex bona fide* (1).

3° Conventions dérivées du louage.

Cette catégorie comprend les conventions indiquées par les mots ***præsto, ut præstes***, je livre pour que vous livriez. Tel est l'exemple prévu au § 2, ***de locatione***, aux Institutes, III, XXIV.

Quand deux voisins se prêtent mutuellement un bœuf pour compléter leur attelage, si l'animal périt chez l'un d'eux et qu'il y ait lieu à une indemnité, on la demande par l'action *præscriptis verbis* (2). Gaïus, dans ses Commentaires, pose la question en principe sans la résoudre; au Digeste, il semble, dans un fragment, accorder l'action ***in factum præscriptis verbis***, mais il est bien probable que ce texte a été interpolé par les rédacteurs du *Corpus juris* (3).

TITRE III.

Obligations naissant quasi ex contractu.

Sommaire. — 1. *Caractère de ces obligations.* — 2. *De la gestion d'affaires.* — 3. *De l'indivision et des actions en partage.* — 4. *De la* condictio indebiti.

Pr. Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de his obligationibus, quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

Après avoir examiné les diverses espèces de contrats, voyons ce qui concerne les obligations qui ne viennent pas à proprement parler des contrats, mais qui sont traitées comme si elles en provenaient, parce qu'elles ne sont pas occasionnées par des délits. Instit., l. III, tit. XXVII.

Les mots *obligatio quasi ex contractu* indiquent, comme nous l'avons dit, non pas les actes qui font naître le lien civil, mais bien le caractère de l'obligation produite. Étant donné un fait licite, qu'il était utile de sanctionner, on assimila l'action aux actions données dans les divers contrats, et on dit alors : « Obligatio nascitur quasi « nasceretur ex contractu. » On a fait remarquer, du reste avec raison, que la plupart des cas énumérés dans les Institutes pouvaient être rapprochés des contrats du droit civil. La gestion d'affaires et la tutelle ont une grande analogie avec le mandat. L'indivision se rapproche de la société. Enfin les textes appellent *obligatio quasi ex mutuo* celle qui naît de la prestation de l'indu. Sens des mots *obligatio quasi ex contractu.*

(1) F. 1, § 1, *de æstimatoria*. D. 19, 3. — Instit., liv. IV, t. VI, § 28. = (2) Cf. G. C. IV, § 143-144. — F. 17, § 3, *de prescript. verbis*. D. 19, 5. = (3) F. 22, *de præscript. verbis*. D. 19, 5.

DE LA GESTION D'AFFAIRES.

§. 1. Igitur cum quis absentis negotia gesserit, *ultro citroque* inter eos nascantur actiones, quæ appellantur *negotiorum gestorum* : sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, *directa* competit actio; negotiorum autem gestori *contraria*. Quas ex nullo contractu proprie nasci, manifestum est : quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit; ex qua causa hi, quorum negotia gesta fuerint, *etiam ignorantes obligantur*. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad *exactissimam* quisque diligentiam compellitur reddere rationem : nec sufficit, talem diligentiam adhibuisse, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

Quand une personne a géré les affaires d'autrui, il y a entre eux des actions réciproques, appelées actions de gestion d'affaires; le maître a contre le gérant l'action directe, le gérant a l'action contraire. Il est certain que ces actions ne viennent pas d'un contrat, puisqu'elles sont occasionnées par le fait d'une personne qui est venue gérer sans mandat les affaires d'autrui, et que le propriétaire se trouve obligé même sans le savoir. Ceci a été admis pour cause d'utilité, afin que les affaires de ceux qui sont obligés de s'absenter subitement, sans pouvoir donner à quelqu'un mandat d'administrer, ne soient pas entièrement abandonnées; ce qui arriverait si ceux qui s'en occupent ne devaient avoir aucune action en recours. De même que celui qui a géré a des droits contre le maître, de même il est tenu de rendre compte de ses actes. Dans ce cas, on doit déployer une très-grande vigilance; et il ne suffit pas de veiller comme pour ses propres affaires, si on peut présumer qu'un autre plus diligent eût mieux administré.

Ce qu'est la gestion d'affaires. La gestion d'affaires est l'acte d'une personne qui prend l'administration du patrimoine d'un absent, avec l'obligation de faire tout ce qu'on doit attendre d'un bon père de famille.

On appelle celui qui administre *negotiorum gestor*, quelquefois *voluntarius procurator*; celui dont on gère le patrimoine est désigné par les mots *dominus rei*.

Toutes les personnes libres, un fils de famille, une femme, etc., peuvent se porter *negotiorum gestores*; quant à l'esclave, on déclare qu'il n'est pas tenu, après sa manumission, des actes qu'il a pu faire comme *negotiorum gestor* pendant la servitude (1). La gestion doit avoir lieu à l'insu du propriétaire, en ce sens que s'il la connaissait et qu'il ne s'y opposât pas, quand il pourrait le faire, il y aurait mandat tacite (2).

Il faut que le gérant ait l'intention de recourir plus tard contre le *dominus rei*; s'il obéissait simplement à un sentiment d'affection ou à un devoir naturel, il n'y aurait pas lieu à donner une action *nego-*

(1) F. 3, § 5. — F. 14,17, *de negotiis gestis*. D. 3, 5. — (2) F. 60, *de regulis juris*. D. 50, 17.

tiorum gestorum, ainsi pour le père qui fait déclarer suspects les tuteurs de ses enfants (1). Mais du moment où le gérant a agi sans avoir l'intention de faire une libéralité, on lui donne l'action, même quand il s'est trompé sur la personne du propriétaire; s'il a cru, par exemple, que la maison réparée appartenait à Séius, quand elle était la propriété de Titius (2).

Obligations du gérant d'affaires.

Le *negotiorum gestor* doit, comme le mandataire, mener à bonne fin l'opération qu'il a commencée; on exige qu'il agisse comme un père de famille très-diligent; quelquefois même, on le déclare responsable du cas fortuit, s'il fait, avec les fonds de l'absent, des opérations hasardeuses en dehors des habitudes du *dominus rei*. Mais comme l'action de gestion d'affaires est de bonne foi, on fera le calcul de la manière la moins lourde pour le gérant; si donc il y a eu perte dans une circonstance et gain dans une autre, on opérera la compensation. Enfin, s'il est bien certain qu'il y aurait eu perte totale de la chose sans l'intervention du gérant, on ne le déclare plus responsable que de son dol (3).

Obligations du *dominus rei*.

Le maître de l'affaire doit indemniser le gérant de toutes ses dépenses, mais seulement jusqu'à concurrence de ce dont il profite : « Quatenus locupletior factus fuerit. » Mais si les dépenses avaient été utilement faites, peu importerait qu'elles fussent ensuite devenues inutiles par un cas fortuit; si, par exemple, une maison réparée venait à brûler. Quant aux dépenses purement voluptuaires, le maître n'était pas tenu de les payer (4).

L'obligation naissant ici *ex re*, et non pas *ex consensu*, il en résulte que le pupille et le fou peuvent être tenus à la suite d'une gestion d'affaires (5).

Ainsi que l'indique le texte, on avait contre le *dominus rei* l'action *negotiorum gestorum contraria*, et il agissait de son côté contre l'administrateur par l'action *negotiorum gestorum directa*.

On se demandait autrefois s'il fallait accorder un recours à celui qui s'immisçait dans les affaires d'autrui, malgré la défense du maître. Des auteurs permettaient d'intenter une action utile, jusqu'à concurrence de l'avantage procuré; d'autres, comme Pomponius et Paul, refusaient toute action contre le *dominus rei* : c'est l'opinion que Justinien a définitivement sanctionnée (6). Celui qui agit est considéré comme ayant voulu faire une libéralité : *donasse videtur*.

(1) F. 44, *de negotiis gestis*. D. 3, 5. — L. 5, 11, 13, 15, Cod., *de negotiis gestis*, 2, 19. = (2) F. 5, § 1. — F. 6, § 8. — F. 45, § 2, *de negotiis gestis*. D. 3, 5. = (3) F. 3, § 9. — F. 6, § 12. — F. 21, § 2. — F. 24, § 2, *de negotiis gestis*. D. 3, 5. = (4) F. 10, § 1. — F. 25, 27, *de negotiis gestis*. D. 3, 5. — F. 47, § 1, *de solut*. D. 46, 3. = (5) F. 46, *de oblig. et act*. D. 44, 7. = (6) F. 40, *mandati*. D. 17, 1. — L. 24, Cod., *de negotiis gestis*, 2, 19.

OBLIGATIONS DES TUTEURS.

§ 2. Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur) : sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem *casu mutuæ* sunt actiones : non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem ; sed et ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori ejus obligaverit.

Les tuteurs, qui sont tenus par l'action de tutelle, ne sont pas obligés *ex contractu* (car il n'y a aucune convention entre eux et les pupilles), mais comme ils ne sont pas tenus par suite d'un délit, ils paraissent obligés comme s'il y avait eu contrat. Il y a alors des actions mutuelles ; car non-seulement le pupille a l'action de tutelle contre le tuteur, mais réciproquement le tuteur a l'action contraire de tutelle pour les dépenses qu'il a faites, pour les engagements qu'il a pris, ou pour les hypothèques qu'il a données dans l'intérêt du pupille.

Nous n'avons rien à ajouter aux explications données dans le premier livre ; rappelons seulement que le curateur avait été assimilé au gérant d'affaires ; c'était par l'action *negotiorum gestorum utilis, directa* ou *contraria*, qu'il réglait ses comptes avec le mineur devenu majeur (1).

DE L'INDIVISION.

§ 3. Item si inter aliquos communis sit res *sine societate*, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea perceperit, aut quod socius ejus in eam rem *necessarias* impensas fecerit : non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse (quippe nihil inter se contraxerunt) ; sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

De même, lorsqu'une chose est commune entre plusieurs personnes, sans qu'il y ait cependant société, par exemple, quand un même objet leur a été légué ou donné, si l'un des copropriétaires est tenu vis-à-vis des autres parce qu'il a seul perçu les fruits, ou parce que les autres ont fait des dépenses nécessaires, on ne le regarde pas comme étant obligé en vertu d'un contrat qui n'existe pas, mais comme il n'y a point délit, on dit qu'il est lié *quasi ex contractu*.

§ 4. Idem juris est de eo, qui coheredi suo familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.

Il en est de même pour celui qui est tenu, dans les mêmes circonstances, vis-à-vis de ses cohéritiers, par l'action *familiæ erciscundæ*.

Caractère de l'indivision.

Il y a indivision quand une même chose appartient à plusieurs propriétaires ; elle diffère de la société, en ce qu'on n'a pas mis la chose en commun, avec l'intention formelle de faire un gain, *lucri faciendi gratia*. Quand on est ainsi en communauté, un point très-important à remarquer, c'est que chaque parcelle de la chose appartient à chacun des maîtres, aucun d'eux ne peut dire exclusivement : « Hanc ego rem meam esse aio. » Ce principe aura des conséquences importantes pour les actes de jouissance ou d'administration.

(1) F. 3, § 5, *de negotiis gestis*. D. 3, 5. — L. 6, 17, Cod., *de negotiis gestis*, 2, 19.

A toutes les époques, on a fait remarquer les avantages et les inconvénients de l'indivision. Il y a avantage, si tous les copropriétaires s'entendent, si tous leurs efforts ont pour but de rendre la chose commune plus productive, si l'égoïsme individuel s'efface devant l'intérêt de tous; alors l'union fait la force. Mais il y a de graves inconvénients quand la discorde se met entre les copropriétaires : le bien devient alors tous les jours moins fertile, car, loin de s'aider, les maîtres cherchent à se paralyser mutuellement; les actes de l'un semblent aux autres des usurpations sur leur droit; de là, des discussions, des procès, que le partage seul peut faire cesser. C'est à ce dernier état qu'il faut appliquer ces paroles des empereurs Théodose et Valentinien III : « Naturale quippe vitium est negligi « quod communiter possidetur; utque se *nihil* habere, qui *non* « *totum* habeat, arbitretur; *denique suam quoque partem corrumpi* « *patiatur dum invidet alienæ* (1). »

Ses avantages et ses inconvénients.

L'indivision peut s'appliquer à des choses particulières, comme une maison, ou à des universalités, comme une succession; elle peut résulter, soit d'actes entre vifs, comme la donation ou l'achat, soit d'actes à cause de mort, comme les institutions, les legs, les fidéicommis compris dans les testaments et dans les codicilles.

Diverses causes de l'indivision.

On peut dire, du reste, que, sans distinguer les causes de l'indivision, la condition juridique des copropriétaires est la même; nous allons en présenter un résumé, en la ramenant aux trois attributs ordinaires de la propriété, l'usage, la jouissance et le droit de disposer.

Condition des copropriétaires.

A. *Jus utendi.*

Il n'y a pas de difficulté sur ce point, chacun des copropriétaires peut user de toute la chose; mais ici le droit des uns limite le droit des autres, et c'est là ce qui donnera lieu souvent à des difficultés. L'usage d'un bain, d'un portique, d'un champ, appartient à tous les maîtres, dit Ulpien, et de ce qu'un autre en use, cela ne m'empêche pas de m'en servir (2).

1. Quant au droit d'usage.

B. *Jus fruendi.*

Tous les propriétaires ont un droit proportionnel aux fruits et aux produits de la chose commune; si un seul les a perçus, il doit en rendre compte, c'est ce que le paragraphe des Institutes pose en principe (3).

2. Quant à la jouissance.

Du droit d'usage et de jouissance résulte évidemment le droit d'administration : or, comment faudra-t-il procéder ici? Nous ne

Comment fait-on les actes d'administration ?

(1) L. 2, Cod., *quando et quibus quarta*, 10, 31. — F. 26, *de servitut. præd. urban.* D. 8, 2.—F. 77, § 20, *de legatis.* 2°. D. 31. = (2) F. 5, § 15, *commod.* D. 13, 6. — F. 30, *familiæ erc**isc.* D. 10, 2. — F. 26, *de servitut. præd. urbon.* D. 8, 2. = (3) F. 6, pr., § 3-4, *communi dividundo.* D. 10, 3.

trouvons pas de principes nettement formulés dans les textes; souvent ils indiquent des résultats acquis sans poser la règle. Voici cependant ce qu'on peut conclure des divers fragments du Digeste et du Code.

Un seul copropriétaire peut les faire.

Papinien veut que chacun des maîtres fasse autant que possible des actes correspondants à sa part de propriété dans la chose, et cependant le même fragment suppose qu'il y a eu bail consenti ou récolte faite par un seul : comment combiner ces deux idées? Nous pensons que pour les actes d'administration de ce genre, on doit valider tout ce qui a été fait par l'un des copropriétaires, s'il n'y a pas eu opposition de la part des autres (1). Le bail consenti par lui sera donc déclaré obligatoire pour tous, sauf à demander des dommages et intérêts, s'il y a eu dol ou faute grave de sa part. De même, pour les récoltes de fruits. Cette solution est forcée, autrement chacun des maîtres ne pourrait pas faire valoir son *jus fruendi* sur chaque parcelle, et il est impossible, cependant, d'exiger qu'ils fassent des baux partiels, puisque les portions ne sont pas déterminées.

Que faut-il décider pour les réparations.

Parmi les actes d'administration, l'un des plus essentiels consiste dans les réparations qui préviennent, arrêtent ou font disparaître les dégradations éprouvées par une chose; ce sont *des dépenses nécessaires;* chacun des copropriétaires a-t-il le droit de les faire pour le tout? Si on en croyait un texte, le F. 12, *communi dividundo*, D. 10, 3, il semblerait que pour arriver à faire les réparations, on devrait commencer par provoquer le partage, mais il n'en est rien; Ulpien parle d'actes spéciaux, de démolitions ou de reconstructions entières. La véritable règle, c'est que chacun des maîtres peut faire les dépenses nécessaires sans que les autres aient le droit de l'en empêcher; c'est à cela que fait allusion le § 3 des Institutes, quand il permet de réclamer ces dépenses (2). Nous allons même plus loin, et nous pensons qu'il y aurait responsabilité du copropriétaire qui n'aurait pas fait les réparations, quand cela lui était possible, puisque chacun des maîtres doit déployer pour la chose commune la même diligence que pour ses propres biens, « qualem suis rebus diligen« tiam (3). »

On n'a pas le droit de faire des changements malgré les autres maîtres.

Les améliorations, dépenses utiles, sont aussi inhérentes à l'administration; mais pour les biens communs il y a un principe dont Papinien rapporte la formule : « In re communi, neminem domino« rum jure facere quicquam, invito altero, posse (4)... potiorem cau« sam esse prohibentis constat. » Ainsi, quand il y a opposition constatée, on ne doit pas changer l'état de la chose commune; si on

(1) F. 6. § 2, *communi dividundo.* D. 10, 3. = (2) F. 41, *de damno infecto.* D. 39, 2. — F. 46, *de oblig. et act.* D. 44, 7. = (3) F. 25. § 16, *familiæ ercisc.* D 10, 2. = (4) F. 28, *communi dividundo.* D. 10, 3.

l'a fait, il est évident qu'on ne peut pas demander aux autres une indemnité : c'est pour cela que Justinien ne parle aux Institutes que des dépenses nécessaires. Quant au maintien des travaux en eux-mêmes, il semble qu'il y avait controverse entre les jurisconsultes ; Papinien dit qu'on ne pourra pas contraindre à les enlever, Paul soutient le contraire : « Si modo toti societati prodest opus tolli (1). » Il est enfin possible que les dépenses utiles aient été faites sans opposition, ou même à l'insu des autres copropriétaires ; dans ce cas, on appliquait la règle : « Natura æquum est, neminem cum alterius « detrimento fieri locupletiorem ; » et plusieurs textes donnent formellement un recours pour les dépenses utiles (2).

Recours quand un seul fait des dépenses forcées.

Remarquons enfin que la règle était la même quand l'un des copropriétaires faisait seul une dépense forcée, comme payer des dettes pour empêcher un créancier de vendre les gages, ou éviter l'abandon noxal d'un esclave commun, etc. (3). « Et omnino quæ « pro parte expediri non possunt, si unus, *cogente necessitate*, fecerit, « familiæ erciscundæ judicio locus est. »

Comment on appliquait la chose jugée.

Pour les jugements, on appliquait ordinairement le principe de la divisibilité des effets de la chose jugée ; on ne regardait pas l'un des communistes comme ayant mandat de représenter les autres en justice (4). Cependant, suivant les cas, on admettait que l'un des copropriétaires pouvait défendre à un procès pour le tout, et recourir contre les autres pour se faire rembourser les sommes payées : puis dans les obligations indivisibles, chacun agissait ou défendait *in solidum*, sauf à diviser la condamnation quand on arrivait à la liquider en argent. Notons, enfin, qu'en matière de revendication de servitudes, on disait : « Victoria unius aliis prodest (5).

C. *Jus abutendi.*

3. Droit de disposer

Nous avons déjà dit que l'un des copropriétaires ne peut pas détruire la chose ou même la modifier, s'il y a opposition de la part des autres ; aussi lui défend-on de rendre religieuse une partie du fonds commun, parce que ce serait la mettre hors du commerce. Il ne peut pas davantage la grever d'une servitude, car ce droit étant indivisible, il est impossible de comprendre qu'il soit concédé pour partie. « Unus ex dominis communium ædium servitutem imponere « non potest... Ergo, subtili ratione, non aliter meum fiet jus quam « si omnes cedant. (6). » Mais les actes d'aliénation portant sur les

(1) F. 26, *de servitut. præd. urban.* D. 8, 2, = (2). F. 4, § 3.—F. 14, § 1.—F. 29, *communi dividundo.* D. 10, 3.—F. 18, § 3. *familiæ ercisc.* D. 10, 2. = (3) F. 18, § 6-7. — F. 25, § 15. — F. 44, § 7, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. = (4) F. 5, § 6, *de novi operis.* D. 39, 1. — F. 9, § 1, *de liber. causa.* D. 40, 12. — F. 5, *de appellat.* D. 49, 1. — F. 25, § 8. *familiæ ercisc.* D. 10, 2. = (5) F. 25, § 9-10, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. — F. 85, *de verb. oblig.* D. 45, 1. — F. 4, § 3, *si servitus.* D. 8, 5 — F. 6, § 12. — F. 9, 15, 25, *communi dividundo.* D. 10, 3. = (6) F. 2, *de servitut.* D. 8, 1. — F. 11, 34, *de servitut. præd. rusticor.* D. 8, 3.



parts indivises sont permis et consacrés par les textes; on admet également la possibilité de constituer une hypothèque sur la chose commune (1), et alors on devra combiner les droits des créanciers, des acquéreurs, et des autres propriétaires,

Responsabilité des copropriétaires entre eux.

Dans tous les actes dont nous venons de nous occuper, il faut que les communistes agissent comme de bons pères de famille, *ex æquo et bono*. On exige qu'ils répondent de la *culpa levis in concreto*; qu'ils se montrent aussi vigilants pour les biens communs que pour leur propre patrimoine : « Talem igitur diligentiam præstare debet, « qualem in suis rebus (2). »

Du partage. Sa définition.

L'indivision cesse lors du partage, qu'on peut définir : un acte juridique ayant pour but d'attribuer à chacun des propriétaires des parts distinctes dans un objet commun. En droit romain, comme en droit français, on n'était pas tenu de rester dans l'indivision; on pouvait toujours demander le partage, à moins qu'il n'y eût une convention le défendant pour un certain temps. Dans ce cas, on aurait opposé une exception dilatoire au demandeur (3); mais la convention de ne jamais partager était entièrement nulle.

Nul n'est tenu de rester dans l'indivision.

Le partage peut avoir lieu de deux manières : 1° à l'amiable; 2° judiciairement.

Partage à l'amiable.

Si toutes les parties sont majeures de vingt-cinq ans, et capables, elles peuvent partager comme bon leur semble, et joindre à la convention toutes les clauses qui leur conviennent. Il n'est pas nécessaire de faire un acte écrit; quand il y a eu exécution, tout est définitivement terminé (4). Du reste, les effets sont les mêmes que ceux du partage judiciaire.

Partage judiciaire.

Il y a lieu à faire intervenir la justice dans deux cas, soit parce que les parties ne sont pas d'accord, soit parce que le défaut de capacité de quelques-unes d'entre elles rend impossible le partage à l'amiable.

Caractères communs à l'action *familiæ erciscundæ* et à l'action *communi dividundo*.

Suivant les cas, on emploie deux actions distinctes : 1° pour partager les hérédités, il y a l'action *familiæ erciscundæ*; 2° pour toutes les autres indivisions, on recourt à l'action *communi dividundo*; sauf quelques exceptions peu nombreuses, les principes sont les mêmes pour les deux procédures. Ce sont des actions de bonne foi, jugées par un ou plusieurs *judices* appelés *arbitres*. La loi des douze Tables portait, suivant des auteurs : « Arbitros tres dato. » Elles figurent dans la catégorie des actions *mixtes* sous un double point de vue. D'abord, dit-on, parce que tous les copropriétaires sont réciproque-

(1) F. 6, § 8-9. — F. 7, § 13. — 14, § 3, *communi dividundo*. D. 10, 3. — (2) F. 25, § 16, *familiæ erisc*. D. 10, 2. = (3) F. 2, § 41. — F. 43, *familiæ ercisc*. D. 10, 2. — F. 8, 14, § 2, *communi dividundo*. D. 10, 3. — L. 5, Cod., *communi dividundo* 3, 37. = (4) F. 57, *familiæ ercisc*. D. 10, 2. — L. 2, 6, 8, Cod., *communia utriusque*, 3, 38. — L. 12, Cod., *familiæ ercisc*., 3, 36 L. 4, Cod., *communi dividundo*. 3, 37.

ment demandeurs et défendeurs : « Qui familiæ erciscundæ et com- « muni dividundo agunt, et *actores sunt et rei...* » Cependant, ajoute Gaïus : « Magis placuit eum videri actorem, qui ad judicium provo- « casset (1). » En second lieu, nous voyons aux Institutes que ces actions « *mixtam* causam obtinere videntur, » paraissent avoir un caractère mixte, car l'*arbiter* peut adjuger aux parties les choses jusque-là indivises, et condamner à payer des indemnités, comme soultes et retours de lots, ceux des copropriétaires qui reçoivent des parts plus fortes que les autres (2). Il y aura lieu, en outre, à régler tous les comptes entre les copartageants, *etiam præstationes veniunt,* soit pour les dépenses faites, soit pour les sommes perçues, etc. (3). C'est donc une double mission que le juge doit accomplir, en se conformant toujours à l'équité. Dans le partage matériel, les pouvoirs de l'arbitre sont à peu près illimités; il attribue les divers objets comme bon lui semble : cependant, on lui recommande de se conformer, soit à la volonté du défunt, soit aux désirs des copropriétaires : « Judicem in prædiis dividundis, quod omnibus utilissimum « est, vel quod malint litigatores, sequi convenit (4), » mais c'est un simple conseil; il peut donner toute la chose à l'un, en le condamnant à payer une indemnité pécuniaire à l'autre; il grève les parts adjugées des servitudes qu'il juge convenables; il peut aller jusqu'à attribuer l'usufruit à l'un des copropriétaires, en réservant la nue-propriété aux autres. (5).

Pouvoirs de l'arbiter.

En droit romain, on considère avec raison les *adjudicationes* faites par l'*arbiter* comme des manières d'acquérir la propriété; il y a une sorte d'échange entre les parties. Primus devient seul maître de la maison sur laquelle Secundus avait des droits; Secundus reste seul propriétaire du champ qui était, jusque-là, commun avec Primus; chacun d'eux a acquis et aliéné quelque chose. On avait tiré de là deux conséquences très-importantes : 1° les aliénations partielles ou les hypothèques consenties par l'un des copropriétaires n'étaient pas anéanties par la division; si Séius avait hypothéqué sa moitié, et que par suite d'une adjudication elle allât à Titius, celui-ci l'acquérait grevée du droit réel antérieurement créé (6); 2° les copartageants se devaient garantie comme pour la vente; c'est ce qui faisait dire à Antonin : « Divisionem prædiorum

Le partage est attributif de propriété.

Obligation de garantie contre l'éviction.

(1) F. 44, § 4, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. — F. 2, § 1, *communi dividundo.* D. 10, 31. = (2) Instit., liv. IV, tit. VI, § 20. — V. l'explication de ce paragraphe dans la partie consacrée aux actions. = (3) F. 22, § 4, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. — F. 4, § 2, *communi dividundo.* D. 10, 3. = (4) F. 21, *communi dividundo.* D. 10, 3. — F. 35, *de heredibus instit.* D. 28, 5. = (5) F. 16, § 1. — F. 22, § 3. — F. 52, § 2, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. — F. 6, § 10. — F. 21, *communi dividundo.* D. 10, 3. = (6) F. 54, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. — F. 6, § 8, *communi dividundo.* D. 10, 3. Par la fiction de l'art. 883, le Code Napoléon arrive à des résultats diamétralement opposés, sauf en ce qui touche la garantie.

« vicem emptionis obtinere placuit. » Dans le cas d'éviction, on agissait par l'action *ex stipulatu* si les parties avaient fait la *stipulatio dupli*; sinon, on se servait de l'action *in factum præscriptis verbis* (1).

A côté des caractères généraux aux deux actions en partage, il y a quelques points spéciaux que nous devons brièvement signaler.

Actio familiæ erciscundæ. Cette action, comme nous l'avons dit, est exclusivement applicable à la division des hérédités entre les cohéritiers civils ou prétoriens; en principe, elle ne pouvait avoir lieu qu'une fois : « Familiæ erciscundæ judicium amplius quam « *semel* agi non potest, *nisi cognita causa.* » Si certaines choses avaient échappé au partage, on arrivait à les diviser par des actions *communi dividundo*, qu'on intentait ensuite (2).

L'action *familiæ erciscundæ* n'a lieu qu'une fois.

Elle ne s'applique pas aux créances et aux dettes.

Le partage ne s'appliquait pas aux créances et aux dettes du défunt; la loi les divisait de plein droit entre les cohéritiers. Il pouvait cependant arriver que le juge attribuât toutes les créances à l'un des ayants droit, qui agissait alors, partie en son propre nom, partie comme *procurator in rem suam*. Par contre, on mettait parfois une dette à la charge de tel ou tel cohéritier, qui devait payer toute la somme; mais les créanciers pouvaient, dans ce dernier cas, ne pas accéder à cet arrangement et poursuivre chacun des héritiers (3).

On mettait également en dehors de l'action *familiæ erciscundæ* les objets dont une part indivise avait été vendue à des tiers par quelques-uns des cohéritiers; on leur appliquait l'action *communi dividundo* (4). Toutes les autres choses qui faisaient partie de la succession étaient comprises dans le partage : « Cæteræ itaque res, « præter nomina, veniunt in hoc judicium. »

L'action *communi dividundo* s'applique à toutes les indivisions.

Actio communi dividundo. Elle s'applique à touts les cas d'indivision, autres que les hérédités; peu importe qu'il y ait société, ou simplement chose acquise en commun par legs ou par toute autre cause juridique. Deux créanciers ayant un droit de gage sur la même chose se serviront utilement de cette action; ce sera également le moyen qu'emploiera l'un des copropriétaires pour liquider, si l'autre a hypothéqué sa part (5). L'action *communi dividundo* peut être intentée autant de fois qu'il y a d'objets indivis : « Poterit « *iterum* communi dividundo agi, de ea quæ indivisa mansit (6). » En principe, elle ne s'applique qu'aux choses corporelles; cepen-

(1) F. 25, § 21, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. — F. 10, § 2, *communi dividundo.* D. 10, 3. — L. 14, Cod., *familiæ ercisc.* 3, 36. — L. 7, Cod., *communia utriusque*, 3, 38. = (2) F. 20, § 4. — F. 25, § 20, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. = (3) F. 3, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. = (4) F. 54, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. = (5) F. 2, 7, § 6, *communi dividundo.* D. 10, 3. — L. 2, Cod., *communi dividundo*, 3, 37. = (6) F. 4, § 2, *communi dividundo*, D. 10, 3.

dant on peut partager entre les copropriétaires l'exercice d'une servitude; par exemple, la servitude *aquæ hauriendæ*(1).

DE LA PRESTATION DE L'INDU.

§ 6. Item is, cui quis *per errorem* non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie contractu obligatus, ut, si certiorem rationem sequamur, magis *ex distractu*, quam ex contractu possit dici obligatus esse: nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum illi daretur, ideo *condictione* tenetur.

De même, celui a qui on a payé une somme qui n'était pas due est regardé comme tenu *quasi ex contractu*. Il y a si peu contrat, qu'on arrive à dire, en raisonnant rigoureusement, que l'obligation nait plutôt *ex distractu*; celui qui paye donne en effet son argent, plutôt pour éteindre une obligation que pour en faire naître une nouvelle. Cependant celui qui a reçu est tenu comme s'il y avait eu *mutuum*, et on a contre lui la *condictio*. Instit., l. III, tit. XXVII.

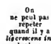
Quand une personne paye une somme qu'elle croit devoir, il y a volonté d'éteindre une obligation; si le prétendu créancier est de bonne foi, son intention est la même, et cependant il naît pour lui un *vinculum juris*, il doit rendre ce qu'il a reçu; c'est là ce que le texte appelle obligation *quasi ex mutuo*, ou encore, obligation naissant *ex distractu*.

Pour pouvoir intenter la *condictio indebiti*, il fallait que la tradition fût effectuée ou qu'on eût contracté une obligation, soit en répondant à une interrogation, soit en signant un *chirographum*(2), sans que rien vînt justifier ces actes. L'existence d'une obligation naturelle résultant d'un simple pacte suffisait pour qu'il n'y eût pas *indebitum*, et pour que la *condictio* fût impossible. On exigeait enfin une autre condition pour permettre d'agir, il fallait que la *solutio* eût été faite par erreur : « Quod quis *sciens* indebitum dedit, hac « mente ut postea repeteret, repetere non potest (3). » Le droit prétorien était venu mêler, encore ici, les principes de l'équité aux règles du droit civil, en déclarant qu'il tenait pour indûment acquittée la dette à laquelle on aurait pu opposer une exception perpétuelle, si on avait négligé par erreur d'employer ce moyen de défense. Nous pensons qu'il y a prestation de l'indu, dit Ulpien, non-seulement quand il y a absence de la dette, mais encore lorsque la demande devait être repoussée par une exception perpétuelle; dans ce cas, on pourra répéter, à moins qu'on n'ait payé sachant qu'on pouvait invoquer l'exception (4). On pensait qu'il y avait intention de donner de la part de celui qui payait sciemment ce qu'il aurait pu refuser.

Cas dans lesquels on peut répéter.

Il faut absence de dette et erreur.

(1) F. 4, pr., § 1.—F. 7, 19, § 4, *communi dividundo*. D. 10, 3. Nous avons dit, en parlant de la société, comment les créances et les dettes restent attachées à la personne du contractant. = (2) F. 31, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. — F. 5, § 1, *de act. empti*. D. 19, 1. = (3) F. 1, § 1. — F. 50, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. = (4) F. 26. § 3. *de condict. indebiti*. — F. 12, 6. — F. Vatic. § 266.



Il y avait cependant des cas dans lesquels la *condictio indebiti* était refusée, malgré la réunion des trois conditions exigées : 1° prestation effectuée ou engagement ; 2° absence de toute dette ; 3° erreur de la part de celui qui paye. Cela se présentait dans le cas des actions, *quæ adversus inficiantem crescebant in duplum*.

§ 7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Namque definierunt veteres, *ex quibus causis inficiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse*, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuicumque fuerant legata : nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit ; sed non omnibus legatariis præbuit, sed tantummodo in his legatis et fideicommissis, quæ sacrosanctis ecclesiis cæterisque venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt ; quæ, si indebita solvantur, non repetuntur.

Dans certains cas, on ne peut pas répéter ce qui a été payé par erreur sans qu'il y eût dette. Les anciens ont décidé que dans les cas où la négation faisait croître l'action au double, on ne pourrait pas intenter l'action en répétition de l'indu, par exemple, dans le cas de la loi Aquilia et du legs. Autrefois cela s'appliquait aux legs *per damnationem;* mais dans la constitution que nous avons faite pour assimiler les legs et les fidéicommis, nous avons étendu ce résultat à tous les legs ou fidéicommis, non pas en faveur de tous les légataires, mais seulement pour les dispositions faites aux églises ou aux autres lieux consacrés par la religion. Si on les paye sans les devoir, on ne peut pas intenter l'action en répétition.

On peut énumérer sept cas où l'action croissait *in duplum adversus inficiantem* : 1° le cas du *judicatum* ; 2° le legs *per damnationem* ; 3° l'action de la loi Aquilia ; 4° l'action *depensi* (1) ; 5° le *depositum miserabile* ; 6° l'action *de modo agri venditi* (2) ; 7° le cas du débiteur qui commence par nier la vérité de sa signature, et qui est ensuite convaincu (3).

A l'époque de Justinien, l'action *depensi* est tombée en désuétude ; le legs *per damnationem* n'existe plus avec son ancienne formule ; la dette de l'héritier ne peut être augmentée que si le legs est fait à une église ou à un monastère : alors, le simple retard amène une condamnation au double.

Pourquoi on refusait la *condictio*.

On refusait la *condictio indebiti* dans les cas où l'action croissait *in duplum adversus inficiantem*, parce que l'on supposait au *solvens* une intention de transiger. S'il niait la dette, il pouvait, il est vrai, triompher dans l'instance judiciaire, mais il pouvait aussi être condamné et se voir obligé à payer le double. Pour éviter cette chance, il préférait accéder aux prétentions du demandeur ; il n'était donc pas recevable à venir réclamer contre le payement effectué.

Celui qui prétendait avoir indûment payé agissait par une action de droit strict connue sous le nom de *condictio indebiti* ; cependant,

(1) G. C. IV, § 9. = (2) Paul. Sent., liv. I, tit. XIX, § 1. = (3) Novelle XVIII, ch. VIII.

si l'*accipiens* était de mauvaise foi, on avait contre lui l'action *ad exhibendum*, avec toutes ses conséquences, surtout en ce qui touche la fixation de la condamnation *ex jurejurando adversarii*.

Obligations de l'*accipiens*.

L'*accipiens* poursuivi devait rendre la chose reçue, *cum omni sua causa* : ainsi les fruits, le part des esclaves, le croît des animaux ; cependant on tenait compte de la bonne foi. Si on a vendu l'esclave livré, on doit rendre seulement le prix reçu ; si on a fait la manumission, l'esclave reste libre, il faudra seulement céder à l'ancien maître tous les droits de patronage (1).

Condictio ob turpem causam.

A côté de la *condictio indebiti*, il faut placer la *condictio ob turpem causam*. Quand il y a eu tradition à la suite d'une convention illicite ou immorale, il semble que l'on doit toujours pouvoir intenter l'action en restitution. Ce qui est nul ne produit aucun effet, dit-on ordinairement, donc le payement fait en vertu d'un contrat réprouvé par la loi ne peut pas être validé. Les Romains avaient cependant distingué diverses hypothèses :

Distinctions à faire pour la répétition.

1° S'il y avait simplement *turpido accipientis*, sans que l'auteur du payement eût rien à se reprocher, on admettait la répétition ; si, par exemple, on a payé mille à une personne, *ne hominem occidat, ne sacrilegium faciat* (2) : on ne doit pas se faire payer pour s'abstenir d'un acte illicite.

2° S'il y avait *turpitudo dantis et non accipientis*, on refusait la *condictio*. Ainsi, celui qui perdrait de l'argent dans une maison de jeu autorisée ; ainsi, les sommes payées à certaines personnes qui, suivant la très-subtile distinction de Labéon, Marcellus et Ulpien, « turpiter faciunt, sed non turpiter accipiunt (3). »

3° Enfin, lorsque les deux parties étaient coupables, quand il y avait *turpitudo et dantis et accipientis*, on disait : « Possessorem « potiorem esse, et ideo repetitionem cessare (4) ; » par exemple, si on remettait de l'argent à un marin pour armer un navire et aller faire la piraterie de compte à demi.

TITRE IV.

Obligations naissant ex delicto.

Nous avons défini le délit : un acte illicite spécialement prévu et nommé délit par la loi civile. Tous les autres actes illicites sont compris dans les *variæ causarum figuræ* mentionnées par Gaïus, et on les a fait rentrer ensuite dans une classe appelée *obligationes quæ quasi ex delicto nascuntur*. Du reste, il ne faut pas chercher, en droit ro-

(1) F. 15. 26, § 12. — F. 65, § 5, 8, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. — F. 38, § 2, *de usuris*. D. 22, 1. — Cf. Cod. Nap., art. 1376 à 1381. = (2) F. 2, pr., § 1. — F. 4, § 2, *de condict. ob turpem*. D. 12, 5. = (3) F. 4, § 3, *de condict. ob turpem*. D. 12, 5. = (4) F. 8, *de condict. ob turpem*. D. 12, 5. — F. 3, § 3, *de calumniator*. D. 3, 6.

main, la raison de la différence de ces classifications dans la volonté présente ou absente de l'auteur du fait punissable ; sans doute, il y a des cas où l'intention formera l'élément constitutif du délit, ainsi dans le vol ou dans l'injure; mais pour le *damnum injuria datum*, prévu par la loi Aquilia, il y a délit par cela seul qu'on a commis une imprudence, même très-légère : « In lege Aquilia, et *levissima* « culpa venit. » Au contraire, il y a des faits très-volontaires, comme l'*effusum*, le *dejectum*, le *suspensum*, l'acte du juge *qui fecit litem suam*, etc., auxquels on refuse le nom de *delictum*; ils produisent seulement une obligation *quasi ex delicto*. La seule explication probable de ces distinctions se trouve dans le caractère rigide de l'ancien droit civil. A la rigueur, tous les actes illicites peuvent rentrer dans les trois premiers délits énumérés. Les soustractions sont appelées *furtum*; les détériorations matérielles de la propriété d'autrui forment le *damnum injuria datum*; les atteintes portées à la réputation ou à la sûreté corporelle des hommes libres, les violations de domicile, constituent des injures. Quand on crut devoir punir dans la pratique certains faits isolés en y attachant une action et une sanction particulière, on n'augmenta pas pour cela la liste des délits; le droit prétorien ne le fit que pour le vol commis avec violence. On suivit donc ici la même marche que pour les contrats; tout ce qui n'a pas été nommé *delictum* est placé dans la catégorie des *variæ causarum figuræ*, actes sans nom générique, et dont les effets seuls ont été l'objet d'une classification (1).

Instit., l. IV, tit. I.

Pr. Cum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem (ut suo loco tradidimus) in quatuor genera dividuntur; hæ vero unius generis sunt, nam omnes *ex re* nascuntur, id est ex ipso maleficio, veluti ex furto, aut rapina, aut damno, aut injuria.	Comme nous avons parlé dans le livre précédent des obligations qui naissent des contrats et comme des contrats, il nous reste à examiner les délits. Les obligations *ex contractu* viennent de quatre causes, les obligations *ex delicto* naissent toutes *ex re*, c'est-à-dire du délit lui-même, comme du vol, du rapt, du dommage matériel et de l'injure.

Le délit naît *ex re*.

Ex re. Le délit n'existe que lorsqu'il y a fait accompli, la *causa* se trouve dans l'exécution. Il faut remarquer que presque tous les délits donnent lieu à une double poursuite : l'une qui a seulement pour but d'arriver à punir l'auteur du fait; l'autre qui a pour objet d'obtenir la réparation pécuniaire du dommage occasionné par l'acte illicite. Tantôt il y a deux actions distinctes, comme dans le vol, où l'on agit par l'*actio furti* et par la *condictio furtiva*; tantôt les actions sont mixtes, *tam rei quam pœnæ persequendæ*, ainsi dans la *rapina* et l'action de la loi Aquilia. C'est en traitant de la

Ordinairement il y a deux actions.

(1) Nous ne partageons pas l'opinion des auteurs qui proposent d'ajouter des délits à la liste donnée par Gaius. (C. III, § 182) et par les Institutes.

procédure romaine que nous aurons à expliquer les différences qui séparent les actions civiles des actions pénales.

Les délits dont nous allons nous occuper ici sont considérés comme portant seulement atteinte à l'intérêt des particuliers; aussi les appelle-t-on souvent *privata delicta*, par opposition aux actes qui mettaient en danger la sûreté générale. La société romaine, comme toutes les sociétés qui commencent, avait d'abord laissé à chaque citoyen le soin de provoquer la répression du délit dont il souffrait; c'est quand la civilisation se développe qu'on voit l'État intervenir et frapper les coupables, non plus au nom de l'intérêt particulier seulement, mais bien au nom de la morale et de la justice offensées.

CHAPITRE PREMIER.

DU VOL.

Sommaire. — 1. *Définition et éléments du vol.* — 2. *Choses susceptibles d'être volées.* — 3. *Diverses espèces de vols.* — 4. *Actions résultant du vol.* — 5. *De la* condictio furtiva. 6. *Contre qui on donne les actions naissant du vol.*

A. *Qu'est-ce que le vol; quels sont ses éléments constitutifs?*

§ 1. Furtum est contractatio rei fraudulosa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.

§ 2. *Furtum* autem vel a *furvo*, id est nigro, dictum est, quod clam et obscure fit, et plerumque nocte; vel a *fraude*; vel a *ferendo*, id est auferendo, vel a græco sermone qui φῶρας appellant fures. Imo etiam Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt.

Le vol est l'appréhension frauduleuse d'une chose, de son usage, ou de sa possession, ce que la loi naturelle défend d'admettre.

Instit., l. IV tit. 1.

Définition du vol.

Le mot *furtum* vient de *furvum*, noir, parce qu'ordinairement le vol a lieu la nuit, dans l'obscurité et en se cachant; ou bien il vient du mot *fraus*, ou encore du verbe *ferre* qui signifie enlever; on peut-être du mot grec φῶρας, nom donné aux voleurs; ce qui vient, du reste, du verbe φέρειν.

Il y a trois éléments constitutifs du vol: le fait, l'intention, le dommage causé à autrui.

Pour que l'appréhension d'une chose constitue le délit de vol, il faut la réunion de trois éléments inséparables.

1° Le *factum*. Tant que le fait n'est pas accompli, tant qu'il n'y a pas eu *contractatio*, appréhension avec déplacement, le délit n'existe pas encore; on disait, en droit romain: « Neque verbo, « neque scriptura, quis furtum facit, nam furtum non est sine con- « tractatione. » Le vol ne peut résulter ni des paroles, ni de l'écriture, il n'y a pas vol sans appréhension (1).

2° L'*animus furandi*. Il faut la volonté de voler et l'intention de faire un gain, « lucri faciendi causa. »

§ 7. Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quas utendas acceperint, ita furtum committere, si *se intellegant* id invito domino fa-

Il a plu de décider que ceux qui usaient des choses prêtées autrement qu'on en était convenu ne commettaient un vol que s'ils comprenaient

(1) F. 52, § 19, *de furtis*. D. 47, 2.

cere, eumque, si intellexisset, non permissurum, ac, si permissurum credant, extra crimen videri : optima sane distinctione, *quia furtum sine affectu furandi non committitur.*

qu'ils agissaient contrairement à la volonté du maître, et avec la pensée qu'il ne leur aurait pas donné l'autorisation; car s'ils pensaient qu'il l'aurait donnée, il n'y a plus lieu à les accuser. C'est là une distinction très-vraie, car il n'y a pas de vol sans l'intention de voler (1).

L'impubère commet un vol s'il est *doli capax.*

Toute autre intention que celle de voler pourra bien constituer un délit, mais ce ne sera pas un vol (2). Cette nécessité de l'*animus furandi* avait fait décider que l'impubère ne commettait pas un vol avant d'avoir l'intelligence de ses actes, avant d'être *doli capax.*

§ 18. In summa sciendum est, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placet, *quia furtum ex affectu consistit*, ita demum obligari eo crimine impuberem, si *proximus pubertati sit*, et ob id intellegat se delinquere.

En somme, il faut savoir qu'on s'est demandé si un impubère commettait un vol en détournant la chose d'autrui. Et comme le vol résulte de l'intention, on a décidé que l'impubère serait soumis à cette accusation quand il était *proximus pubertati*, et s'il comprenait par conséquent qu'il commettait un délit.

Nous savons que l'impubère était *proximus pubertatis*, non pas quand il avait atteint un âge déterminé, mais lorsque le développement de son intelligence lui permettait de se rendre compte de l'immoralité des actes qu'il commettait.

Il faut porter atteinte aux droits d'un tiers.

3° Il faut qu'il y ait atteinte portée aux droits d'une personne ayant actuellement la propriété ou la possession de la chose volée. Si on prend une chose *derelicta*, avec l'intention de commettre un vol, il est évident que le délit n'existe pas, puisque personne n'est lésé : « Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiam si « ego furandi animum habuero (3). » C'est également sur l'absence de dommage qu'était fondée la décision contenue dans le paragraphe suivant des Institutes :

§ 8. Sed et si credat aliquis, invito domino se rem commodatam sibi contractare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæsitum est, cum Titius servum Mævii sollicitaverit, ut quasdam res domino subripiat, et ad eum perferat, et servus id ad Mævium pertulerit, Mævius, dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est, et antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti,

Si quelqu'un pense user d'une chose prêtée contrairement à la volonté du maître, lorsqu'au contraire il y consent, on ne peut pas dire qu'il y ait vol. D'où la question suivante : Titius sollicite l'esclave de Mævius pour l'amener à voler certains objets à son maître et à les lui porter; l'esclave prévient Mævius qui, voulant prendre Titius sur le fait, permet de lui porter certaines choses. Titius est-il tenu de l'action de vol ou de l'action *servi corrupti*, ou bien est-il à l'abri de toute poursuite? Et comme on nous a présenté cette question douteuse, comme nous avons vu que les prudents discutaient, les uns

(1) F. 46, § 7. — F. 83, *de furtis.* D. 47, 2. = (2) Cf. Ulp. F. 39, *de furtis.* D. 47, 2., et Paul. Sent., liv. II, tit. XXXI, § 12. = (3) F. 43. § 5-6, *de furtis.* D. 47, 2.

neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo: nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram decisionem sanximus, non solum furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dari : *licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est*, et ideo non concurrant regulæ, quæ servi corrupti actionem introducerent, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tamquam re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum, qui possit corrumpi, tale facinus a quibusdam pertentetur.

refusant l'action *servi corrupti*, les autres accordant seulement l'action *furti*, nous avons décidé, pour obvier à toutes ces subtilités, qu'on donnerait contre lui les deux actions : bien que l'esclave ne soit pas corrompu et que les conditions exigées pour cette action ne soient pas réunies, nous avons voulu punir la tentative du corrupteur comme s'il avait réussi, pour éviter qu'une telle impunité n'amenât à tenter d'autres esclaves, qui pourraient se laisser séduire.

Enfin, quand une hérédité est encore jacente, comme il n'y a pas de propriétaire, la soustraction des objets qui la composent ne constitue pas un vol : « Hereditariæ rei furtum fieri Julianus negabat (1). » Mais on donnait contre le spoliateur une action particulière, appelée *actio expilatæ hereditatis*.

B. *Quelles sont les choses susceptibles de vol?*

On vole surtout les choses corporelles mobilières.

Le vol s'appliquait surtout aux choses corporelles, et parmi elles exclusivement aux meubles. Quelques jurisconsultes avaient voulu appliquer ce délit aux immeubles, mais leur opinion avait été repoussée; pour protéger la possession des choses immobilières, les préteurs donnaient les interdits *recuperandæ possessionis* : « Cum « improbata sit, dit Gaïus, eorum sententia, qui putaverint furtivum « fundum fieri posse (2). »



On peut voler l'usage et la possession.

On avait encore déclaré susceptibles de vol certaines abstractions juridiques, comme l'usage et la possession.

§ 6. Furtum autem fit, non solum cum quis, intercipiendi causa, rem alienam amovet, sed generaliter, cum quis alienam rem invito domino contractat. Itaque, sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur, sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, *furtum committit*. Velutі si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum, gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.

Il y a vol, non-seulement quand on détourne une chose pour se l'approprier, mais généralement quand on prend la chose d'autrui malgré le maître. Si donc le créancier gagiste use du gage, ou si celui chez lequel on a déposé une chose s'en sert, ou bien si le commodataire emploie l'objet à un usage autre que celui qu'on avait eu en vue, il y a vol. Ainsi quelqu'un avait emprunté de l'argenterie, comme devant inviter des amis à un repas, et il l'a emportée en voyage; ou bien celui auquel on a prêté un cheval l'a mené plus loin que l'endroit convenu; les anciens ont aussi prévu le cas de celui qui mène au combat le cheval qu'on lui a prêté.

(1) F. 68, *de furtis* D. 47, 2. — G. C. III, § 201. — (2) G. C. II, § 51.

Ici il y a eu vol de l'usage ; voici maintenant le vol de la possession.

§ 10. Aliquando etiam suæ rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, substraxerit.

Quelquefois on vole sa propre chose ; par exemple, si le débiteur détourne le gage qu'il a remis à son créancier (1).

Mais il faut toujours qu'il y ait l'*animus furandi*. Les atteintes portées à la puissance du chef de famille étaient également considérées comme constituant un vol.

Gaius, C. III.

§ 199. Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostra sunt, sive etiam uxor quæ in manu nostra sit, sive etiam judicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit.

On peut parfois voler des personnes libres ; par exemple, on soustrait l'enfant que j'ai sous ma puissance, la femme que j'ai *in manu*, ou même celui qui est mon *auctoratus*, ou contre lequel j'ai obtenu un jugement.

L'auctoratus était l'individu qui se louait pour combattre dans le cirque.

Le *judicatus* était le citoyen condamné à payer, et sur lequel on avait fait la *manus injectio* ; même à l'époque de Gaïus, cette mainmise constituait une sorte de droit sur la personne.

Comme la mère n'avait point la puissance paternelle, elle ne pouvait pas intenter l'action de vol à l'occasion de ses enfants : « Mater filii subrepti furti actionem non habet (2). »

C. *Combien il y avait-il d'espèces de vols.*

Instit., liv. IV, tit. 1.

Définition du vol manifeste et non manifeste.

§ 3. Furtorum autem genera duo sunt : *manifestum*, et *nec manifestum*. Nam conceptum et oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant : nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo fit, veluti qui domi furtum fecit, et nondum egressus januam deprehensus fuerit, et qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in oliveto aut in vineto fur deprehensus sit ; imo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo perveniret, quo perferre ac deponere rem destinasset. Sed si pertulerit, quo destinavit, tamen etsi de-

Il y a deux espèces de vols : l'un manifeste et l'autre non manifeste. Car le *furtum conceptum* et *oblatum* sont plutôt des actions attachées au vol que des espèces de vol, comme on le verra ci-dessous. Le voleur manifeste est celui que les Grecs appellent ἐπ' αὐτοφώρῳ, non-seulement celui qui est pris sur le fait, mais encore celui qui est surpris dans l'endroit où il a commis le délit ; ainsi celui qui vole dans une maison et qui est saisi avant d'avoir franchi la porte, ou bien celui qui a volé des raisins ou des olives et qui est arrêté, soit dans la vigne, soit dans le plan d'oliviers : il faut étendre cela encore plus loin, si le voleur est vu où saisi, soit par le maître, soit par un autre, soit dans un lieu public, soit dans un endroit particulier, tant qu'il tient la chose et avant qu'il l'ait déposée où il voulait la porter, il y a vol manifeste.

(1) F. 13, § 2. — F. 19, § 5-6, *de furtis*. D. 47, 2. — G. C, III, § 200. = (2) F. 38, *de furtis*. D. 47, 2.

prehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex his, quæ diximus, intellegitur : nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

Mais s'il l'avait déjà portée où il voulait et qu'on le saisisse ensuite, quoique nanti de la chose, il n'est pas voleur manifeste. Ce qui précède fait comprendre ce qu'on doit entendre par vol non manifeste.

Systèmes divers sur le vol manifeste.

On avait été loin de s'entendre sur la portée qu'il fallait donner aux mots voleur manifeste.

Gaïus rapporte quatre systèmes. 1° Des auteurs voulaient qu'on fût pris sur le fait. 2° D'autres soutenaient qu'il suffisait qu'on se trouvât encore dans l'endroit où le vol avait été commis. 3° On considérait aussi le vol comme manifeste tant que la chose n'avait pas été portée à l'endroit où on voulait le cacher. 4° Enfin une dernière opinion, *quæ non oblinuit*, voulait traiter comme voleur manifeste celui qu'on trouvait nanti de l'objet à un moment quelconque (1). A l'époque de Gaïus, les deux premiers avis dominaient; au temps de Paul et d'Ulpien, on suivait le troisième, pourvu qu'on fût encore dans le jour du délit.

Tout autre vol est non manifeste, et par conséquent moins puni, ainsi que nous le verrons bientôt. A Rome, comme à Sparte, on semble avoir voulu donner une prime au voleur habile. Soustraire maladroitement la chose d'autrui était une faute si grave, qu'on la payait de la liberté ou de la vie à l'époque des douze Tables; enlever à un propriétaire ses bestiaux, ses meubles ou son argent, sans qu'il s'en aperçoive immédiatement, constituait un fait dont on se rachetait en payant le double de la valeur des choses volées. Aulu-Gelle, dans ses *Nuits attiques*, rapporte qu'en Égypte on favorisait également le vol habilement consommé, on y voyait un excellent exercice pour se préparer aux ruses et aux stratagèmes de la guerre (2).

Furtum conceptum, oblatum, prohibitum, non exhibitum.

§ 4. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem, testibus præsentibus, furtiva res quæsita et inventa sit : nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur *concepti*. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit, utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dederit, conciperetur : nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur *oblati*. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto prætoris per actio-

Il y a vol *conceptum*, quand la chose volée est cherchée et trouvée en présence de témoins chez une personne, bien qu'elle n'ait pas commis le vol, on avait contre elle l'action *furti concepti*. Le vol est dit *oblatum*, quand la chose volée vous est offerte par quelqu'un et qu'elle est ensuite trouvée chez vous; mais il faut que l'offre ait été faite avec l'intention d'arriver à ce que l'objet soit trouvé chez vous plutôt que chez celui qui offre; on a contre lui une action particulière, qu'on appelle *furti oblati*, bien qu'il n'ait pas commis le vol. Il y a l'action *furti prohibiti* contre celui qui a voulu empêcher de faire la recherche du vol en présence des témoins. L'édit du préteur a en outre

(1) G. C. III, § 184. = (2) Aulu-Gelle, liv. XI, ch. XVIII.

nem FURTI NON EXHIBITI adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam et inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, id est concepti et oblati et furti prohibiti, necnon furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fit : merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt, cum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

établi l'action *furti non exhibiti* contre celui qui n'avait pas voulu exhiber la chose cherchée et trouvée chez lui. Mais ces actions de vol *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum* et *non exhibitum*, sont tombées en désuétude, car aujourd'hui, la recherche de la chose volée ne se fait plus suivant les anciennes formes, et cela avec raison; car il est évident que tous ceux qui ont sciemment reçu et recélé une chose volée sont soumis à l'action *furti nec manifesti*.

D. *Actions résultant du vol.*

Le vol donnait lieu à deux actions distinctes : l'action pénale, destinée à frapper l'auteur du délit; et l'action civile, qui avait pour but d'arriver à la réparation du dommage éprouvé.

Action pénale.

L'action pénale n'était pas toujours la même.

Gaius. C. III.

§ 189. Pœna manifesti furti ex lege XII Tabularum *capitalis erat*, nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat. Utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quærebant. In eum autem qui verberatus... postea improbata est asperitas pœnæ, et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio prætoris edicto constituta est.

La peine du vol manifeste était capitale, selon la loi des douze Tables, l'homme libre était battu de verges et livré à la personne victime du vol. Les auteurs discutaient pour savoir si cette tradition rendait esclave ou assimilait seulement à l'*addictus*. Pour celui qui a été frappé, on a ensuite désapprouvé la dureté de la peine, et l'édit du préteur l'a remplacée, soit pour l'homme libre, soit pour l'esclave, par une action au quadruple.

Suivant la loi des douze Tables, l'esclave pris en flagrant délit de vol était précipité de la roche Tarpéienne; Gaïus nous dit comment le préteur a remplacé cette pénalité excessive par une condamnation au quadruple.

§ 190. Nec manifesti furti pœna per legem XII Tabularum dupli irrogatur, quam etiam prætor conservat.

La loi des douze Tables infligeait une peine du double au voleur manifeste; le préteur a conservé cette disposition.

§ 191. Concepti et oblati pœna ex lege XII Tabularum tripli est, quæ similiter a prætore servatur.

La peine du vol *conceptum* et *oblatum* était au triple, suivant la loi des douze Tables, que le préteur a également suivie en ce point.

Recherche cum linteo et lance.

§ 192. Prohibiti actio quadrupli ex edicto prætoris introducta; lex autem eo nomine nullam pœnam constituit : hoc solum præcipit, ut qui quærere velit *nudus* quærat, *linteo cinctus*, lancem habens; qui si quid invenerit, jubet id lex furtum manifestum esse.

L'action au quadruple du *furtum prohibitum* a été introduite par l'édit du préteur, car la loi n'avait établi aucune pénalité pour ce cas; elle ordonne seulement que celui qui veut faire la recherche soit nu, le corps entouré d'un *linteum*, et tenant un plat; si on trouve la chose cherchée, la loi veut qu'on déclare le vol manifeste.

§ 193. Quid sit autem linteum, quæsitum est; sed verius est, consuti genus esse quo necessariæ partes tegerentur: quare lex tota ridicula est; nam qui vestitum quærere prohibet, is et nudum quærere prohibiturus est, eo magis quod ita quæsita res inventa majori pœnæ subjiciatur. Deinde quod lancem sive ideo haberi jubeat ut manibus occupantis nihil subjiciatur, sive ideo ut quod invenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id quod quæratur ejus magnitudinis aut naturæ sit, ut neque subjici neque ibi imponi possit. Certe non dubitatur, cujuscumque materiæ sit ea lanx, satis legi fieri.

On s'est demandé ce qu'était le *linteum*; c'était un vêtement étroit couvrant les parties sexuelles: il y avait là une loi tout à fait ridicule; car celui qui empêche une personne vêtue de faire une perquisition empêchera bien davantage une personne nue, puisque la peine doit être plus forte si la chose est trouvée. Et puis quand on a dit que le plat était ordonné pour occuper les mains de l'inquisiteur et l'empêcher de rien apporter frauduleusement, ou bien pour qu'il y mit la chose trouvée, on a donné une raison sans valeur, car la chose peut être trop grande pour la soustraire aux regards ou la mettre sur le plat. Il est vrai que l'on regardait la loi comme satisfaite, quelle que fût la matière du plat.

Gaïus ne nous dit pas quelle était la pénalité du *furtum non exhibitum*, il est probable qu'on recourait alors au serment du demandeur (1).

Pour calculer les diverses sommes dues à la suite du vol, on examinait l'intérêt qu'on avait à ne pas être volé. S'il y avait eu soustraction frauduleuse d'un esclave institué héritier, et qui mourait avant la restitution, le propriétaire volé calculera dans son action *furti* la valeur de l'hérédité et la valeur de l'esclave; il en serait de même si on volait des tablettes sur lesquelles était écrit un *chirographum*: «Generaliter dicendum est, id quod interest duplari (2).» Si la chose volée s'est détériorée depuis le vol, on l'estime au moment du délit; si elle s'est améliorée, on se place à l'époque de sa plus grande valeur. On agit ainsi pour punir le voleur (3). Comment on calcule les sommes à payer.

L'action de vol est infamante. Quand il y avait plusieurs auteurs du délit, on les poursuivait tous *in solidum*, et la condamnation prononcée contre l'un n'empêchait pas de poursuivre les autres (4). Autant il y avait de voleurs, autant de fois on intentait l'action *furti*. L'action de vol est infamante.

Envisagé sous le point de vue dont nous venons de nous occuper, le vol constituait un délit privé; mais avec le temps on en vint à y voir une atteinte portée à l'ordre social, et on infligea à tous les voleurs des punitions corporelles. Julien dit que la personne volée peut mener le coupable devant le *præfectus vigilum* ou le président de la province, et que ces magistrats prononceront une peine (5). La *Collatio legum Mosaïcarum et Romanarum* contient l'indication de Pénalité infligée aux voleurs.

(1) On avait le droit de tuer le voleur nocturne, et dans le jour, celui qui se défendait à main armée. — F. 54, § 2, *de furtis*. D. 47, 2. = (2) F. 52, § 28. — F. 27, 67. § 1-2. — F. 74, *de furtis*. D. 47, 2. = (3) F. 50, *de furtis*, D. 47, 2. = (4) L. 1, Cod., *de condict. furtiva*, 4, 8. = (5) F. 13, *de condict. causa data*. D. 12, 4. — F. 56, *de furtis*. D. 47, 2.

quelques cas. Ulpien dit que les voleurs peuvent être punis des travaux publics à temps. S'il y a eu résistance ou vol commis avec effraction, les personnes *humiliores* seront condamnées aux mines, et les *honestiores* à la rélégation. Les *abigei*, voleurs de troupeaux, sont punis de mort, d'après la décision d'Adrien : « Ad gladium « damnari solent. » Quelquefois cependant on se contente de les condamner aux mines (1).

Quand on avait employé la voie criminelle, on ne pouvait plus intenter l'action de vol au double ou au quadruple.

Action civile. La condamnation pécuniaire prononcée contre le voleur n'empêchait pas le propriétaire de réclamer la chose soustraite.

Instit., l. IV, tit. I. § 19. Furti actio, sive dupli, sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet : nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus ipsum furem heredemve ejus, licet non possideat, competit.

L'action de vol au double ou au quadruple a seulement pour objet d'infliger une peine; le maître a en outre le droit de poursuivre la chose et de la reprendre à l'aide de la revendication ou de la *condictio*. On a la revendication contre tout détenteur, soit le voleur, soit une autre personne; on a la *condictio* contre le voleur ou son héritier, même quand il ne possède pas la chose volée (2).

Il semble difficile, au premier abord, de comprendre comment on donne contre le voleur l'action en revendication ou la *condictio*, au choix du plaignant. Dans la *rei vindicatio*, on se dit propriétaire; dans la *condictio*, au contraire, on soutient qu'un tiers, actuellement maitre d'une certaine chose, doit en transférer la propriété: il y a là deux affirmations contraires.

Utilité de la condictio furtiva. On explique cette réunion d'actions par la volonté de punir les voleurs dans tous les cas possibles, car il y a des circonstances pour lesquelles la *condictio* sera plus avantageuse que l'action *ad exhibendum* et la *rei vindicatio*. Ainsi, dans l'action arbitraire *in rem*, le voleur peut rendre la chose avant la condamnation, alors il sera absout; donc, s'il y a eu des détériorations provenant d'un cas fortuit ou d'une force majeure, ce sera tant pis pour le propriétaire; si on intente, au contraire, la *condictio furtiva*, on obtiendra la plus grande valeur que la chose a eue depuis le moment du délit jusqu'à la condamnation (3).

De même, si l'objet a entièrement péri par cas fortuit, sans qu'il y ait aucune faute à reprocher au voleur, on ne peut plus intenter ni l'action *ad exhibendum*, car ce n'est point par dol qu'il a cessé de posséder, ni la *rei vindicatio* : « Quia res extinctæ vindicari non

(1) *Collatio legum Mosaic.*, tit. VII, ch. IV. — F. 1, *de abigeis*. D. 47, 17. — F. 1, § 1-2, *de effractorib.* D. 47, 18. = (2) F. 7, § 1, *de condict. furtiva*. D. 13, 1. = (3) F. 8, § 1, *de condict. furtiva*. D. 13, 1. — F. 46, 50, *de furtis*. D. 47, 2.

« possunt; » mais alors on se servira de la *condictio furtiva* : « Nam « condici furi potest, etiam si res sit aliqua ratione extincta (1). » Le voleur avait l'intention de s'approprier la chose, il ne lui manquait que le consentement du maître, celui-ci peut lui dire : Je consens rétroactivement à ce que vous soyez devenu propriétaire de l'objet volé, mais vous devez m'en payer la valeur, car personne ne doit s'enrichir au détriment d'autrui; si la chose a péri, c'est tant pis pour vous, les chances de perte étant ordinairement pour le propriétaire.

Il faut choisir entre la *rei vindicatio* et la *condictio furtiva*.

En principe, il faut choisir entre la *rei vindicatio* et la *condictio furtiva*; quand on a employé l'une, on ne peut plus revenir à l'autre : « Una electa, altera consumitur; » cependant Pomponius permet au demandeur qui a d'abord reçu l'estimation de rembourser la somme et d'exiger la restitution de la chose (2).

La *condictio furtiva* n'est donnée que pour les objets qui sont dans le commerce : « *Liberarum* personarum nomine licet furti actio « sit, condictio tamen nusquam est (3). »

E. Personnes qui peuvent intenter l'action de vol.

L'action pénale est donnée à celui qui a intérêt à empêcher le vol.

L'action *furti* peut être intentée par la personne qui avait intérêt à ce que le vol n'eût pas lieu. L'intérêt peut consister dans une perte qu'on éprouve soi-même, ou dans la responsabilité encourue à la suite du délit; ainsi le colon, l'usufruitier, peuvent agir à l'occasion du vol de la récolte; le possesseur de bonne foi a également ce droit, mais on le refuse au possesseur de mauvaise foi (4).

§ 13. Furti autem actio ei competit, cujus *interest* rem salvam esse, licet dominus non sit; itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit, rem non perire.

§ 14. Unde constat, creditorem de pignore subrepto furti agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat, quia expedit ei, pignori potius incumbere, quam in personam agere : adeo quidem, ut, quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competit actio furti.

§ 15. Item si fulio polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil

L'action de vol est donnée à celui qui a intérêt à ce qu'on ne vole pas la chose, bien qu'il ne soit pas propriétaire ; le maître n'a l'action que s'il est intéressé à ce que la chose ne périsse pas.

D'où il résulte que le créancier peut intenter l'action à l'occasion du gage volé, bien que le débiteur soit solvable ; parce qu'il est plus avantageux de se faire payer par la chose que de poursuivre la personne : à tel point que si la chose a été volée, même par le débiteur, le créancier aura néanmoins l'action de vol.

De même si on a donné un habit à un foulon pour le nettoyer, à un tailleur pour le réparer, moyennant un prix certain, et qu'il ait été volé, l'action appartient à l'ouvrier et non au maître,

(1) F. 46, *de furtis*. D. 47, 2. — F. 8, 18, *de condict. furtiva*. D. 13, 1. = (2) F. 34, § 1-2, *de oblig. et act*. D. 44, 7. — F. 9, § 1, *de furtis*. D. 47, 2. = (3) F. 38, § 1, *de furtis*. D. 47, 2. = (4) F. 12, § 1. — F. 14, § 2, 4. — F. 52, § 10. — F. 74, 76, § 1, *de furtis*. D. 47, 2.

interest, eam rem non perisse, eum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi potest. Sed et bonæ fidei emptori subrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio, quemadmodum et creditori. Fulloni vero et sarcinatori non aliter furti competere placuit, *quam si solvendo sint*, hoc est si domino rei æstimationem solvere possint : nam si solvendo non sunt, tunc, quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est et si in partem solvendo sint fullo aut sarcinator.

§ 16. Quæ de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant : nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoque, qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in decisionibus nostris emendavit, ut in domini sit voluntate, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem subripuit, et alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem. Sed si quidem furem elegerit, illum, qui rem utendam accepit, penitus liberari. Sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit : ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem, eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem. Ita tamen, si dominus *sciens*, rem esse subreptam, adversus eum, cui res commodata fuit, pervenit; sin autem nescius, et dubitans, rem non esse apud eum, commodati actionem instituit, postea autem, re comperta, voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire, tunc licentia ei concedatur, et adversus furem venire, nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem utendam accipit, commodati actionem (nisi domino ab eo satisfactum est : tunc etenim omnimodo furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit), cum manifestissimum est, etiamsi ab initio

qui n'a aucun intérêt à la perte de l'habit, puisqu'il poursuivra le tailleur ou le foulon par l'action de louage. De même l'acheteur de bonne foi, bien que non propriétaire, a l'action de vol, si on lui enlève la chose qu'il a achetée. Le foulon et le tailleur n'ont l'action qu'autant qu'ils sont solvables, c'est-à-dire s'ils peuvent désintéresser le maître. S'ils ne sont pas solvables, l'action de vol est donnée au maître, parce qu'il a un intérêt direct à conserver la chose, puisque les ouvriers ne peuvent pas payer ; il en est de même si le foulon et le tailleur sont solvables seulement pour partie.

Les anciens pensaient qu'il fallait appliquer au commodataire ce que nous venons de dire pour le foulon et le tailleur ; le foulon doit la *custodia* parce qu'il reçoit un salaire, celui qui retire l'avantage de l'usage doit aussi la *custodia* ; mais notre prévoyance a changé cela : nous avons décidé qu'il serait au choix du maître d'intenter l'action de commodat contre le commodataire, ou bien l'action de vol contre le voleur, mais qu'après avoir choisi l'un de ces moyens, il ne pourrait plus changer d'avis et exercer l'autre action. S'il a choisi le voleur, le commodataire est entièrement libéré. Mais si le commodant commence par poursuivre le commodataire, il ne peut plus intenter l'action *furti* contre le voleur, on la donnera à l'emprunteur qui est déclaré responsable. Cela sera appliqué, si le maître poursuit le commodataire, sachant déjà que la chose a été volée ; s'il l'ignorait, ou s'il doutait que l'objet fût chez lui, il peut abandonner l'action de commodat qu'il a commencée, quand il sait à quoi s'en tenir, et il a le droit de poursuivre le voleur, sans qu'il soit permis de le repousser, sous prétexte qu'il a déjà intenté l'action de commodat, à moins cependant qu'il n'ait déjà été désintéressé ; dans ce dernier cas, le voleur n'a plus à craindre l'action du propriétaire, mais il sera poursuivi par le commodataire qui a payé. Il est évident que si le maître, ignorant le vol, a commencé par intenter l'action *commodati*, et qu'ensuite ayant appris la soustraction il agisse contre le voleur, il y aura libération entière du commodataire, sans qu'il ait à se préoccuper de l'issue du procès pendant entre le maître et l'auteur du vol ; ceci doit être

dominus actionem instituit commodati, ignarus rem esse subreptam, postea autem, hoc ei cognito; adversus furem transivit, omnimodo liberari eum, qui rem commodatam accepit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit; eadem definitione obtinente, sive in partem, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam accepit.

appliqué sans distinguer si le commodataire est solvable, en tout ou en partie.

§ 17. Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat, sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit : qua de causa, si res ei subrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, *nec ob id ejus interest*, rem salvam esse, furti agere non potest, sed furii actio domino competit.

Le dépositaire ne doit pas la *custodia*, il est seulement responsable de son dol; si donc la chose lui est volée, comme il n'est pas tenu de la restituer et qu'il n'a aucun intérêt à sa conservation, il ne peut pas exercer l'action de vol, qui sera donnée au maître.

Lorsque l'action de vol était intentée par des personnes non propriétaires de la chose soustraite, on se demandait ce que devenait l'argent perçu à la suite de la condamnation au double ou au quadruple. Les opinions variaient : les uns voulaient que la somme restât tout entière au demandeur; les autres pensaient qu'il devait rendre au propriétaire ce qui dépassait le dommage qu'il avait réellement éprouvé (1). Justinien rapporte que Papinien avait successivement professé les deux opinions pour le commodataire. Quant à lui, il ordonne que les sommes reçues à la suite de l'action de vol resteront au commodataire, puisqu'il était responsable de la perte vis-à-vis du propriétaire. Nous pensons qu'il faut généraliser cette décision à l'époque de la législation du Code (2). Que deviennent les sommes touchées par les non propriétaires? Discussion.

Les règles applicables à l'action civile qui suit le vol sont différentes. La *rei vindicatio* ou la *condictio furtiva* n'est donnée qu'au propriétaire lui-même; si bien que s'il aliène la chose volée, il ne peut plus agir (3). L'action civile n'est donnée qu'au maître.

F. *Contre qui donne-t-on l'action de vol?*

L'action pénale est donnée contre l'auteur du vol, mais non contre ses héritiers; elle est également dirigée contre les complices qui ont facilité l'accomplissement du délit. Action dirigée contre le complice.

§ 11. Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit : qualis est, cujus ope et consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut obstitit tibi, ut alius rem tuam exciperet, vel oves aut boves tuas fugavit, ut alius

Quelquefois celui qui n'a pas commis lui-même le vol en est responsable : telle est la personne qui a donné au voleur aide et conseil. Ainsi, celui qui fait tomber vos écus pour qu'un autre les prenne, celui qui se met devant vous pour qu'un tiers détourne votre

(1) F. 22, *de pign. act.* D. 13, 7. — F. 14, § 6. — F. 15, pr., *de furtis*. D. 47, 2. = (2) L. 22, § 3, Cod. *de furtis*, 6, 2. = (3) F. 1, 10, § 2, *de condict. furtiva*. D. 13, 1. — F. 14, § 16, *de furtis*. D. 47, 2.

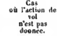
eas caperet, et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, et non data opera ut furtum admitteretur, factum est, *in factum* actio dari debeat. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supposuit, aut ipsas fenestras vel ostium effregit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effrengendum, aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus gratia commodaverit. Certe qui nullam operam ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

chose, celui qui fait fuir vos bœufs ou vos brebis pour qu'un autre les vole; les anciens ont aussi appliqué cela à l'homme qui effraie un troupeau avec un morceau d'étoffe rouge. Si ces divers actes avaient été faits par légèreté et non pour faciliter le vol, on donnerait contre leurs auteurs une action *in factum*, mais dès que Titius a commis un vol avec l'aide de Mævius, tous deux sont soumis à l'action *furti*. On regarde un vol comme commis avec l'aide d'une personne si celle-ci a placé les échelles aux fenêtres, enfoncé les portes, afin qu'un autre puisse commettre le vol, ou bien celui qui a sciemment prêté pour cet usage des échelles ou des instruments. Celui qui n'a aucunement aidé au vol, mais qui s'est contenté de conseiller et d'exhorter le voleur, n'est pas tenu par l'action *furti*.

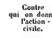
Il faut remarquer que le complice n'est jamais traité comme voleur manifeste (1). Enfin, dans certains cas, on peut le poursuivre, sans pouvoir agir contre l'auteur principal du délit.

§ 12. Hi, qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiant, furtum quidem illis faciunt, et res in furtivam causam cadit (nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur), sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci : si vero ope consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur, quia verum est, ope consilio ejus furtum factum esse.

Si les personnes en puissance de leur père ou de leur maître détournent quelque chose qui lui appartient, elles commettent un vol, l'objet devient furtif et ne peut être usucapé avant d'être revenu en puissance du propriétaire; cependant il n'y a pas d'action de vol, parce qu'elle est toujours impossible entre ces personnes. Mais si le vol a été commis avec l'aide d'un tiers, comme il y a vol, on donnera contre lui l'action *furti*, puisqu'il a participé au délit.



Dans certains cas, on ne donnait pas l'action de vol, soit parce que l'unité de patrimoine s'y opposait, comme entre le maître et l'esclave, le père et le fils, soit à cause de certaines relations de parenté ou de *reverentia*. C'était ce qu'on appelait *furta domestica*. Cependant, si le fils avait un pécule castrans, on donnait au père une action utile pour se faire indemniser (2).



L'action civile, *rei vindicatio* ou *condictio*, est donnée contre l'auteur du vol et ses héritiers, mais non pas contre les complice (3). Une remarque importante à faire, c'est que s'il y a plusieurs auteurs du vol, l'action civile ne se multiplie pas comme l'action pénale; on ne peut l'intenter qu'une fois; et si l'un des coupables a indemnisé le

(1) F. 34, *de furtis*. D. 47, 2. = (2) F. 52, § 6. — F. 89, 91, *de furtis*. D. 47, 2. — F. 11, § 1, *de pœnis*. D. 48, 19. = (3) F. 5, 6, 7, § 2, *de condict. furtiva*. D. 13, 1.

propriétaire, les autres ne sont plus exposés à la *condictio* ou à la *rei vindicatio* (1).

APPENDICES AU VOL

1° *De actione rerum amotarum.*

Origine de l'action *rerum amotarum.*

Dans la jurisprudence, on n'avait pas voulu que les époux en vinssent à intenter l'un contre l'autre l'action *furti*, qui était infamante (2), et alors on avait distingué deux cas: pendant le mariage, si la femme détournait des choses appartenant au mari, il y avait lieu seulement à la *rei vindicatio* ou à la *condictio*; mais après le divorce, on agissait par l'action *rerum amotarum*, pour les détournements antérieurs; quant à ceux qui suivaient la dissolution du mariage, on leur appliquait l'*actiô furti* (3). Avec le temps, on en vint à donner cette action contre le mari, lorsqu'au moment du divorce il détournaît ou retenait certains objets appartenant à la femme (4). Du reste, les complices des époux continuaient à être soumis à l'action de vol, avec toutes ses conséquences.

Ses conséquences.

Celui des époux qui était poursuivi par l'action *rerum amotarum* devait rendre la chose ou payer sa valeur au moment de la soustraction; sinon, il était condamné *ex jurejurando adversarii*, sans pouvoir opposer le bénéfice de compétence (5).

Du reste, l'action *furti* n'était impossible entre les époux qu'autant qu'elle venait de leur fait personnel; si le vol avait été commis par un esclave, on intentait l'action de vol contre l'époux qui avait la possibilité de faire l'abandon noxal (6).

2° *De crimine expilatæ hereditatis.*

Cause de cette action.

Avant l'acceptation et la prise de possession de l'héritier, la succession était regardée comme n'ayant pas de maître, et dès lors celui qui s'emparait des objets qui la composaient ne commettait pas un vol, il n'y avait point *contractatio fraudulosa rei alienæ*, « quia rei hereditariæ nondum possessæ non fit furtum (7). » On agissait alors *extra ordinem* devant le *præses provinciæ*, et à Rome, devant le *præfectus urbi*, par l'action *expilatæ hereditatis*. On pouvait, si on le préferait, intenter, suivant les cas, la *rei vindicatio*, la *condictio*, ou même la *petitio hereditatis*, contre celui qui détenait *pro possessore*. On appliquait à ces soustractions les mêmes peines qu'au vol (8).

(1) L. 1, Cod., *de condict. furtira*, 4, 8. = (2) F. 2, *de act. rerum amot.* D. 25, 2. = (3) F. 25, 1, 3, *de act. rerum amot.* D. 25, 2. = (4) F. 7, *de act. rerum amot.* D. 25, 2. — F. 9, § 3, *de jure dotium.* D. 23, 3. = (5) F. 8, § 1. — F. 21, § 6. — F. 29, *de act. rerum amot.* D. 25, 2. = (6) F. 3, § 1. — F. 21, § 2, *de act. rerum amot.* D. 25, 2. = (7) F. 6, § 6, *de act. rerum amot.* D. 25, 2. — F. 2, § 1, *expilatæ heredit.* D. 47, 19. = (8) F. 1, § 1, *de expilatorib.* D. 47, 18.

CHAPITRE II.

DU VOL COMMIS AVEC VIOLENCE.

Sommaire. — 1. *Le préteur a créé l'action* vi bonorum raptorum *pour punir la violence.* — 2. *Caractères de cette action.* — 3. *Législation des empereurs pour le cas de violence.*

Instit., l. IV, tit. II.

Caractère mixte de l'action. Sa durée.

Pr. Qui res alienas rapit, tenetur etiam quidem furti (quis enim magis alienam rem invito domino contractat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse) : sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatur *vi bonorum raptorum*, et est *intra annum quadrupli*, *post annum simpli*. Quæ actio utilis est, etiam si quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, et extra pœnam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus: sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum est enim, levioris esse conditionis eum qui vi rapit, quam qui clam amovet.

Celui qui prend avec violence la chose d'autrui est tenu de l'action de vol. Quel est, en effet, celui qui, plus que le ravisseur, s'empare de la chose d'autrui malgré le maître? Aussi a-t-on dit que c'était un voleur coupable entre tous les autres; le préteur a appliqué une action particulière à ce délit, et il l'a appelée *vi bonorum raptorum;* elle est au quadruple pendant l'année et au simple dans le temps qui suit. Cette action est donnée quand on a pris par violence, même une chose très-minime. Le quadruple tout entier ne forme pas une peine, et on n'a pas, comme dans le vol, une action à part destinée à poursuivre les choses. Dans le quadruple, la chose est comprise, et la pénalité est du triple, que le ravisseur ait été ou non pris sur le fait. Il serait ridicule de faire au voleur avec violence une condition meilleure qu'à celui qui vole clandestinement.

On peut intenter l'action *furti manifesti*.

L'action *vi bonorum raptorum* avait été inventée pour punir ceux qui aggravaient le vol par la violence dont ils l'accompagnaient; mais la personne volée pouvait, si bon lui semblait, s'en tenir à l'action du vol manifeste ou non manifeste, et suivant les circonstances, elle y trouvait de l'avantage. En effet, l'action de vol manifeste était au quadruple, et n'empêchait pas d'intenter ensuite la *rei vindicatio* ou la *condictio furtiva*; tandis que l'action *vi bonorum raptorum*, qui était bien aussi au quadruple, présentait un caractère mixte : « Tam pœnæ quam rei persequendæ; » quand on l'avait intentée, tous les recours étaient épuisés. De plus, dans l'action *furti*, on calculait la *condamnatio ex eo quod interest*; dans l'action *vi bonorum raptorum*, on disait : « Verum pretium rei quadruplatur, non etiam « quod interest (1). »

Quand l'année utile était écoulée, l'action *furti nec manifesti*, qui était *in duplum*, présentait plus d'avantages que l'action prétorienne; cependant, il valait mieux employer cette dernière action tant que l'année durait encore.

L'action *vi bonorum raptorum* n'est applicable qu'aux meubles.

Du reste, l'action *vi bonorum raptorum* n'est donnée, comme l'action de vol, que pour les détournements de meubles (2). Comme

(1) F. 2, § 13, *vi bonor. rapt.* D. 47, 8. = (2) L. 1, Cod., *vi bonor. rapt.*, 9, 33.

toutes les actions pénales, elle ne passe pas contre les héritiers des auteurs de la violence, on a seulement la *condictio* pour leur faire rendre ce dont ils se sont enrichis (1).

La personne lésée pouvait aussi intenter l'action criminelle *de vi privata*, qui entraînait l'infamie et la confiscation du tiers des biens (2).

§ 2. Sane in hac actione non utique expectantur, rem in bonis actoris esse : nam sive in bonis sit, sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare sive commodata, sive locata, sive pignerata, sive etiam deposita sit apud Titium sic, ut intersit ejus eam non auferri, veluti si in re deposita culpam quoque promisit, sive bona fide possideat, sive usumfructum in ea quis habeat, vel quod aliud jus, ut intersit ejus, non rapi : dicendum est, competere ei hanc actionem, ut non dominium accipiat, sed illud solum, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex hisdem causis omnes habere hano actionem.

Pour cette action, on n'exige pas que la chose soit comprise dans les biens du demandeur; elle a lieu même quand l'objet ne lui appartient pas, s'il a été pris pendant qu'il était parmi ses biens. Donc le commodataire, le locataire, le gagiste, ou le dépositaire qui a intérêt à ce que la chose ne soit pas enlevée, parce qu'il a promis de répondre même de sa faute à l'occasion du dépôt, le possesseur de bonne foi, l'usufruitier et toute autre personne ayant intérêt à ce que la chose ne soit pas volée, pourra intenter cette action, non pour recevoir la propriété, mais seulement pour faire rentrer dans ses biens ce qui en a été enlevé. Il faut dire d'une manière générale que dans les cas où un acte clandestin donne lieu à l'action de vol, on pourra, suivant les circonstances, exercer l'action dont il s'agit ici.

Ex bonis signifie que la chose enlevée était dans ma possession, que j'en étais le détenteur. Ainsi on m'a prêté un esclave, qui travaille avec les miens, on le vole en employant la violence; il est pris *ex bonis*, d'entre mes biens. Pour pouvoir exercer l'action, il suffisait d'un intérêt même léger. « Si quis igitur interesse sua, *vel modice*, « docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem (3). »

§ 1. Quia tamen ita competit hæc actio, si *dolo malo* quisque rapuerit : qui aliquo *errore* inductus, suam rem esse existimans, et imprudens juris, eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre a possessoribus, *absolvi debet*. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitentur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam : melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem, vel se moventem, licet suam eandem rem existimet; sed si quis contra statuta fecerit, *rei quidem suæ dominio*

Cette action est donnée quand le rapt a lieu par dol; mais il faut absoudre celui qui se trompe, et qui, croyant la chose sienne, la reprend par violence, pensant, à tort, que le droit permet aux propriétaires de reprendre par force leurs choses entre les mains des possesseurs. On ne peut pas non plus poursuivre par l'action de vol celui qui est dans ce cas. Mais, pour éviter qu'avec de tels prétextes les ravisseurs ne trouvent le moyen de satisfaire impunément leur avidité, les constitutions impériales ont mieux réglé ce point, en défendant à qui que ce soit de reprendre par violence une chose mobilière, même quand on s'en croit propriétaire.

(1) F. 2, § 27, *vi bonor. rapt.* D. 47, 8. = (2) F. 1, 8, *ad leg. Jul. de vi privata*. D. 48, 7. = (3) F. 2, § 24, *vi bonor. rapt.* D. 47, 8.

cadere, sin autem aliena sit, post restitutionem ejus, *etiam æstimationem ejusdem rei præstare.* Quod non solum in *mobilibus rebus*, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quæ circa *res soli fiunt*, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant.

Si quelqu'un viole cette défense, il perd la propriété de sa chose; et si elle appartient à autrui, il doit, après l'avoir restituée, en payer encore la valeur. Ceci n'est pas applicable seulement aux meubles, mais aussi aux immeubles, pour écarter tout le monde du rapt.

La décision rapportée aux Institutes émane des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius. On la retrouve au Code de Justinien, dans le titre *unde vi*, L. 7, liv. VIII, tit. IV.

CHAPITRE III.

DE LA LOI AQUILIA.

Sommaire. — 1. *Cas auxquels s'applique la loi Aquilia.* — 2. *Explication des trois chefs qu'elle comprend.* — 3. *Condamnations prononcées.* — 4. Actio in factum.

Objet de la loi Aquilia.

Les deux chapitres qui précèdent traitent de la soustraction des choses d'autrui. Nous allons nous occuper maintenant d'une autre classe de faits qui consistent à détruire ou à détériorer un objet corporel appartenant à une tierce personne. Cette hypothèse peut se présenter, soit concurremment avec le vol, soit d'une manière tout à fait indépendante.

Suivant Ulpien, la loi des douze Tables et d'autres monuments législatifs avaient réglementé ce point; mais leurs dispositions ont été entièrement remplacées par celles d'un plébiscite connu sous le nom de *loi Aquilia* : « Quæ lex Aquilia plebiscitum est, cum eam « Aquilius, tribunus plebis, a plebe rogaverat. (1) »

Date du plébiscite, an 468 de Rome.

Les auteurs sont loin d'être d'accord sur la date de ce monument législatif; on a successivement proposé l'an 367, 468 et 528 de Rome. C'est là une controverse historique sur laquelle il est difficile d'avoir un avis bien arrêté; cependant, la paraphrase de Théophile rend probable la date de 468 après la fondation de Rome (2).

Ce plébiscite prévoyait trois ordres de faits, qu'on désigne ordinairement sous le nom de chefs de la loi Aquilia. Le premier et le troisième ont une certaine connexité, le second s'applique à un ordre d'idées tout différent.

Premier chef. Meurtre d'un esclave ou d'un quadrupède vivant en troupeau.

Le premier chef comprenait le cas où il y avait eu meurtre d'un esclave ou d'un des quadrupèdes domestiques qui vivent en troupeau : « Quadrupedes quæ pecudum numero sunt, et *gregatim* « habentur. »

Instit., l. IV, tit. III.

Pr. Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus *primo ca-*

L'action du dommage causé injustement est établie par la loi Aquilia.

(1) F. 1, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. = (2) V. Théophile sur la loi Aquilia, § 15, et la note d'Otto Reitz.

pite cautum est, ut, si quis hominem alienum, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria OCCIDERIT, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

Dans son premier chef, il est décidé que si quelqu'un tue l'esclave d'autrui ou un quadrupède, de ceux qui vivent en troupeau, on devra payer au maître la plus grande valeur qoe la chose a eue dans l'année.

§ 1. Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum, quæ *pecudum* numero est, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intellegamus, sed de his tantum, quæ proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, boves, oves, capræ. De suibus quoque idem placuit : nam et sues pecudum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur; sic denique et Homerus in Odyssea ait, sicut Ælius Marcianus in suis institutionibus refert :

Δήεις τόν γε σύεσσι παρήμενον· αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

De ce que la loi ne parle pas des quadrupèdes en géuéral, mais seulement de ceux qui forment des troupeaux, on en conclut qu'elle ne s'applique ni aux animaux sauvages, ni aux chiens, mais seulement à ceux desquels on dit avec vérité qu'ils paissent, comme les chevaux, les mulets, les ânes, les bœufs, les moutons, les chèvres; on a appliqué la même règle aux porcs ; puisque eux aussi ils paissent en troupeaux, on peut les comprendre dans le mot *pecudes*. C'est ainsi qu'Homère dit, dans son *Odyssée*, comme le rapporte Ælius Marcianus dans ses *Institutes* :

Vous le voyez gardant ses porcs qui paissent sur le rocher du Corbeau, près de la fontaine Aréthuse.

Les animaux d'origine étrangère qui remplissent l'office de bêtes de somme, comme l'éléphant et le chameau, doivent être compris, suivant Gaïus, dans le premier chef de la loi Aquilia, parce qu'ils sont en quelque sorte mixtes (1).

Troisième chef.

Le troisième chef s'appliquait : 1° aux blessures faites aux esclaves et aux animaux compris dans le premier chef; 2° à la destruction ou à la détérioration de toutes les autres choses corporelles figurant dans le domaine de l'homme.

§ 13. Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est, *vulneraverit*, sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, *vulneraverit*, *aut occiderit*, hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum injuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur; quamquam potuerit sola *rupti* appellatio in omnes istas causas sufficere : ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum usta, aut fracta, sed etiam scissa, et collisa, et effusa, et quoquo modo perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur;

Le troisième chef s'occupe de tous les autres dommages. Si on a blessé un esclave ou un quadrupède compris dans les troupeaux; si on a tué ou blessé un animal d'une autre catégorie, comme un chien ou une bête sauvage, l'action est comprise dans ce chef. C'est aussi par cette partie de la loi qu'on punit le dommage causé à tous les autres animaux et à tous les objets inanimés. S'il y a eu quelque chose de brûlé, rompu ou mis en pièces, l'action est basée sur ce chef; du reste, le seul mot *ruptum* suffisait pour indiquer ces divers cas, puisqu'il signifie tout ce qui est détruit. Il comprend donc, non-seulement les choses brûlées ou rompues, mais encore celles qui sont déchirées, fendues, répandues, détruites ou détériorées par une cause quelconque; on a répondu qu'il fallait aussi compren-

(1) F. 2, § 2, *ad leg. Aquil*, D. 9, 2.

denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini vel olei corrumperetur, ex hac parte legis eum teneri.

dre dans ce chef le fait de mêler au vin ou à l'huile d'autrui des substances qui en altèrent les qualités naturelles.

On trouve au Digeste des exemples nombreux de cas punis par le troisième chef de la loi Aquilia; si on a tué mes abeilles, brûlé mes bois, démoli ma maison, etc. Ulpien formule ainsi ces actes d'une manière générale : « Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, « fregerit, ruperit injuria (1). » On pense que les esclaves et les bêtes de somme avaient été placés dans une classe particulière, parce qu'ils servaient à l'agriculture; ce qui faisait qu'on y attachait plus d'importance.

Second chef. Gaius. C. III.

§ 215. Capite secundo (*in*) adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur.

Par le second chef, on donne une action en dommages et intérêts contre l'adstipulateur qui a fait acceptilation de la dette en fraude du créancier principal.

§ 216. Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est : sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret, nisi quod ea lege adversus infitiantem *in duplum* agitur.

Dans cette partie de la loi, il est évident que l'action est donnée pour arriver à la réparation du dommage; mais cela était inutile, puisque l'action de mandat suffisait, à moins qu'on n'ait eu en vue que la loi Aquilia croît au double contre celui qui nie.

Avant la découverte des Commentaires de Gaïus, on ne connaissait pas la teneur du second chef de la loi Aquilia, car les Institutes ne le mentionnent que négativement.

Instit., L. IV. tit. III.

§ 12. Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.

Le second chef de la loi Aquilia est tombé en désuétude.

A. *Conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à appliquer le premier et le troisième chef de la loi Aquilia.*

Il faut qu'il y ait *injuria.*

La première de toutes les conditions est que le dommage ait été causé à tort, *injuria*, sinon il n'y aurait pas délit.

§ 2. Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque latronem qui occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest.

On tue injustement quand on tue sans en avoir le droit. Celui qui tue un voleur n'est donc point responsable, s'il ne pouvait se soustraire autrement au danger.

Ce que le paragraphe décide pour le cas de meurtre doit s'appliquer à tous les autres dommages. On sera regardé comme ayant agi *jure*, toutes les fois qu'on aura été contraint par une force majeure à nuire à autrui : « Si magna vi cogente factum fuerit. » Ainsi, dit Celse, on démolit la maison d'un voisin pour couper un incendie

(1) F. 27, § 5 à 28, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2.

qui menaçait les autres édifices; la loi Aquilia n'est pas applicable : « Cessat actio legis Aquiliæ (1). »

En dehors de ces cas, on devenait responsable, non-seulement de son dol, mais encore de l'imprudence la plus légère : « In lege Aquilia, « et levissima culpa venit (2). » On regardait même comme étant en faute celui qui entreprenait quelque chose au-dessus de ses forces. Les Institutes donnent quelques applications de cette règle, et le titre du Digeste en contient un grand nombre, dont quelques-unes ne laissent pas que d'être fort bizarres (3). On répond même de la faute la plus légère.

§ 3. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui *casu* occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur : nam alioquin non minus ex *dolo*, quam ex *culpa* quisque hac lege tenetur.

Celui qui tue par hasard n'est pas tenu de cette loi, s'il n'y a aucune faute de sa part; autrement, il est responsable de son dol et de sa faute.

§ 4. Itaque si quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam si id a milite quidem in campo, eoque, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intellegitur; si alius tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem juris est et de milite, si is in alio loco, quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.

Si donc une personne, en jouant ou en s'exerçant à lancer le javelot, tue votre esclave qui passe, il faut distinguer : si cela est fait par un soldat, sur le Champ de Mars, au lieu consacré aux exercices, il n'y a pas de responsabilité; si c'est une autre personne, il y a faute. Il en serait de même pour le cas où le soldat commettrait cet acte dans un endroit autre que celui destiné aux exercices militaires.

§ 5. Item si putator, ex arbore dejecto ramo, servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque præclamavit, ut casus evitari possit, culpæ reus est; si præclamavit, neque ille curavit cavere, extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intellegitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non præclamavit, quia eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

De même si un bûcheron, en jetant une branche du haut d'un arbre, tue votre esclave qui passe, il y aura responsabilité, si cela a lieu près d'un chemin public ou vicinal, et qu'il n'ait pas crié pour éviter l'accident; mais s'il a crié, et que l'esclave n'ait pris aucune précaution, le bûcheron n'est plus en faute. Il y a également absence de responsabilité, même quand on n'a pas crié, s'il coupait l'arbre loin de la voie publique, ou au milieu d'un champ, parce que personne n'avait le droit de passer par là.

§ 6. Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est.

En outre, si un médecin qui a opéré votre esclave a cessé de le soigner, et qu'il y ait eu mort par suite du défaut de soins, il y a responsabilité.

§ 7. Imperitia quoque culpæ annumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.

L'impéritie est également assimilée à la faute; si, par exemple, un médecin tue votre esclave parce qu'il l'a mal opéré, ou qu'il lui ait fait prendre des médicaments contraires à son état.

§ 8. Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed et, si

De même, si votre esclave est écrasé par des mules emportées, le muletier qui n'a pas pu les retenir, faute d'habileté, est responsable. Il en est de

(1) F. 49, § 1. — F. 4, 5, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. = (2) F. 44, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. = (3) V. F. 52, § 1, 2, 4. — F. 41, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2.

propter infirmitatem retinere eas non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui, cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

même s'il a manqué de force, quand une personne plus vigoureuse aurait pu les dompter. C'est aussi ce qu'on a décidé pour le cavalier qui n'a pas pu maîtriser son cheval, soit par manque de force, soit par défaut d'habileté.

B. *Condamnations prononcées en vertu de la loi Aquilia.*

Pénalité dans le cas du premier chef.

Ici l'action civile n'est pas distincte de l'action pénale, la poursuite est mixte : « Tam rei quam pœnæ persequendæ. »

Pour le premier chef l'édit portait : « Quanti id in eo anno plurimi « fuit, tantum æs dare domino damnas esto (1). » L'auteur du dommage devait donc la plus grande valeur que la chose avait eue dans l'année précédente. Les Institutes développent ce principe :

§ 9. His autem verbis legis, *quanti in eo anno plurimi fuerit*, illa sententia exprimitur, ut, si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut luscus, aut mancus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est, pœnalem esse hujus legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris : ideoque constat, *in heredem* eam actionem *non transire*, quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam iis æstimaretur.

Quand la loi dit : « La plus grande valeur dans l'année, » cela signifie que si on a tué votre esclave qui était aujourd'hui boiteux, borgne ou manchot, tandis que dans le courant de l'année il était exempt de toute infirmité, et avait une grande valeur, le meurtrier devra payer, non la valeur actuelle, mais le plus haut prix que l'esclave aurait pu être vendu dans l'année. C'est pour cela que cette action a été regardée comme pénale, puisque l'on doit quelque chose au delà du dommage occasionné ; il est donc certain qu'elle ne sera pas donnée contre l'héritier, ce qui serait arrivé si la condamnation ne dépassait pas le dommage occasionné.

Dans le cas du troisième chef.

Pour le troisième chef, voici les termes de l'édit : « Cæterarum « rerum præter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum « faxit quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit *in* « *diebus triginta proximis*, tantum æs domino dare damnas esto (2). »

§ 14. Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, ex dolo aut culpa, de cætero damno quemque teneri. Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in *diebus triginta proximis* res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.

De même que dans le premier chef on est tenu, quand on a tué un esclave ou un quadrupède par dol ou par faute, de même on est évidemment tenu par le troisième chef, quand on a commis tout autre dommage par dol ou par faute. Toutefois, on ne doit pas la plus grande valeur dans l'année, mais seulement dans les trente jours qui précèdent.

§ 15. At ne *plurimi* quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte *plurimi* verbum adjectum fuisset : nam plebem romanam,

La loi n'ajoute pas la plus grande valeur ; mais Sabinus a pensé, avec raison, qu'il fallait faire l'estimation comme si le mot *plurimi* s'y trouvait ; car le peuple romain, en votant cette

(1) F. 2, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. — (2) F. 27, § 5, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2.

quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa est.

loi sur la proposition d'Aquilius le tribun, s'est contenté d'avoir employé ce mot dans le premier chef.

Discussion suivant Gaïus.

Suivant Gaïus, des auteurs avaient voulu argumenter du silence de la loi, pour décider qu'on ne devrait que la plus faible valeur de l'objet, dans les trente jours qui ont précédé (1).

L'action *crescit in duplum adversus infitiantem.*

Dans le cas des trois chefs, l'action de la loi Aquilia avait pour caractère de croître au double, quand il y avait négation de la part de l'auteur du délit : « Adversus infitiantem crescebat in duplum. »

On calcule les sommes suivant *id quod interest.*

La jurisprudence avait interprété la loi Aquilia en calculant la plus grande valeur de la chose, non d'après son véritable prix, mais suivant l'intérêt qu'on avait à conserver la chose.

§ 10. Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse, secundum ea, quæ diximus, sed eo amplius, *quicquid prætereà*, perempto eo corpore, *damni vobis allatum fuerit*, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum antea quis occiderit, quam is jussu tuo adiret : nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comœdis unus servus fuerit occisus : non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanto depretiati sunt, qui supersunt.

On a conclu, non des termes mêmes de la loi, mais de leur interprétation, qu'on devait tenir compte, et de la valeur du corps détruit, et encore de tout le dommage que vous fait éprouver cette destruction ; par exemple, si on tue votre esclave qui avait été institué héritier, avant qu'il ait fait adition par votre ordre, car alors il faudra tenir compte de l'hérédité qui est perdue. De même, si de deux mules semblables on en tue une, ou bien un cheval faisant partie d'un quadrige, ou encore un esclave qui était dans une troupe de comédiens ; dans ces divers cas, on ne calculera pas seulement la valeur de celui qui a été tué, mais encore la dépréciation subie par les autres.

Il fallait que l'intérêt fût certain.

Mais il fallait que l'intérêt fût certain, et non pas simplement éventuel ; ainsi, celui qui détruisait les filets d'un pêcheur ne lui devait pas de dommages-intérêts pour le poisson qu'il aurait pu prendre. On ne se préoccupait pas non plus de l'intérêt d'affection qu'on avait pour la chose détruite. Si vous tuez mon esclave, dit Paul, on ne calculera pas la condamnation suivant mon affection, mais suivant le prix qu'il vaudrait pour tout le monde (2).

Action criminelle.

Remarquons enfin que l'exercice de la loi Aquilia n'était pas exclusif de l'action criminelle; on pouvait cumuler les deux poursuites.

§ 11. Liberum est autem ei, cujus servus fuerit occisus, et privato judicio legis Aquiliæ damnum persequi, et capitalis criminis eum reum facere.

Il est libre à celui dont l'esclave a été tué de poursuivre le meurtrier par l'action civile de la loi Aquilia, et d'intenter aussi l'action criminelle (3).

Manus injectio.

M. Schrader conclut de Gaïus (C. IV, § 22), que l'action de la loi

(1) G. C. III, § 216. = (2) F. 29, § 3. — F. 33, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. = (3) L. 3, Cod., *de leg. Aquil.*, 3, 35. L'action criminelle était la loi Cornélia, *de sicariis.*

Aquilia était une de celles pour lesquelles on avait donné la *manus injectio pro judicato.*

C. *Conditions nécessaires pour intenter l'action de la loi Aquilia.*

Il y avait trois conditions nécessaires pour pouvoir intenter l'action :

Il y avait trois conditions nécessaires pour l'action directe.

1° Que le procès fût engagé par le véritable maître de la chose détruite ou détériorée (1);

2° Que le dommage eût été causé *corpore;*

3° Qu'il eût été causé *corpori.*

Action utile.

Si l'une de ces conditions manquait, on ne pouvait plus agir par l'action directe de la loi Aquilia, mais la jurisprudence était venue au secours des particuliers, en leur donnant des actions utiles. M. Schrader pense que, dans ce cas, on procédait par action fictice (2).

§ 16. Cæterum placuit, ita demum ex hac lege actionem esse, si quis præcipue *corpore* suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, *utiles* actiones dari solent : veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fuerit, aut aliqua parte corporis læsus, *utilis in eum actio datur.* Sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo, quod projecerit, corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit : ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non *corpore* damnum fuerit datum, neque *corpus* læsum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, cum non sufficit neque directa, neque utilis Aquilia, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, *in factum* actione teneri : veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

Du reste, il a plu de décider qu'on agirait en vertu de cette action, surtout si quelqu'un commettait directement le dommage; on donne l'action utile contre celui qui arrive au même résultat par des moyens différents ; donc, si on a enfermé un esclave ou un troupeau de manière à ce qu'ils meurent de faim; ou bien si on a tellement poussé une bête de somme qu'elle en meure ; ou bien si on a effrayé un troupeau de telle sorte qu'il se précipite dans un gouffre; si on a conseillé à l'esclave d'autrui de monter sur un arbre ou de descendre dans un puits, de telle sorte qu'en le faisant il se soit tué ou blessé ; on a, dans tous ces cas, l'action utile. Mais si un individu a pris et jeté dans l'eau, du haut d'un pont, un esclave appartenant à autrui, et qui se soit noyé, on admet facilement que puisqu'on l'a jeté, le dommage a été causé corporellement, et il y a lieu à l'action directe. Mais si le dommage n'a pas été causé corporellement, s'il n'y a pas eu un corps lésé, mais que le dommage arrive d'une autre manière, comme on ne peut donner contre le coupable ni l'action directe, ni l'action utile de la loi Aquilia, on donne l'action *in factum;* par exemple, si quelqu'un, touché de compassion, délie l'esclave d'autrui pour qu'il puisse fuir.

Conformément à ces principes, si on a blessé un esclave sur lequel j'ai un droit d'usufruit ou un droit d'usage, on ne me donnera pas

(1) F. 11, § 6, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. = (2) G. C. III, § 219. — C. IV, § 37.

l'action directe, mais bien l'action utile de la loi Aquilia, car je ne puis pas me dire *dominus ex jure Quiritium*. Il en serait de même pour le cas de blessures faites à un homme libre, quand il y a plainte portée par lui-même ou par le père de famille qui a la *potestas* (1).

Action in factum.

En dehors de ces deux actions, le texte mentionne encore une procédure *in factum*, dans le cas où l'on nuit à autrui, sans détériorer matériellement sa propriété; ainsi, je délie un esclave pour qu'il puisse fuir, je suis loin de le blesser; il n'y a pas *damnum datum corpore et corpori*, cependant le maître éprouve une perte à l'occasion de laquelle on lui donne contre moi une action *in factum*. C'est ce que Paul formule en disant : « In damnis quæ lege Aquilia « non tenentur, in factum datur actio (2). »

CHAPITRE IV.

DES INJURES.

Sommaire. — 1. *Qu'est-ce que l'injure? ses éléments.* — 2. *On peut être injurié directement ou par d'autres personnes.* — 3. *Diverses espèces d'injures.* — 4. *Actions qui naissent de ce délit.* — 5. *A qui et contre qui on donne l'action.*

Pr. Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit; specialiter alias contumelia, quæ a *contemnendo* dicta est, quam Græci ὕβριν appellant, alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria accipitur, alias iniquitas et injustitia, quam Græci ἀδικίαν vocant. Cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

Instit., liv. IV, tit. IV.

Sens du mot injuria.

On appelle d'une manière générale injure tout ce qui est contraire au droit; plus spécialement, ce mot sert à désigner l'outrage, qui vient de *contemnere*, mépriser, ce que les Grecs appellent ὕβριν; dans un autre sens, ce mot signifie faute, ce que les Grecs appellent ἀδίκημα, comme dans la loi Aquilia on dit qu'il y a dommage causé *injuria*; enfin, cette expression signifie iniquité, injustice, ce que les Grecs appellent ἀδικίαν. C'est ainsi que, dans le cas d'une sentence prononcée à tort par le préteur ou le juge, on dit que le condamné a éprouvé une *injuria*.

Dans le titre dont nous allons nous occuper, le mot injure signifie les outrages dirigés contre la personne et les atteintes portées à la sûreté individuelle.

A. *Éléments de l'injure.*

Il y a deux éléments de l'injure.

Il y a deux éléments constitutifs de l'injure, le fait et l'intention.

1° *Le fait.* Il y a injure quand on porte la main sur une personne, ou lorsqu'on viole son domicile; c'est ce que Labéon appelle *injuria re* (3). L'injure peut également avoir lieu par paroles ou par écrit.

(1) F. 11, § 10. — F. 7, 13, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. = (2) F. 33, § 1, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. — F. 11, *de præscript. verbis.* D. 19, 5. = (3) F. 1, § 1. — F. 5, § 2, *de injuriis.* D. 47, 10.

§ 1. Injuria autem committitur non solum cum quis pugno, puta, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit, sed etiam, si cui *convicium* factum fuerit, sive cujus bona, quasi debitoris, possessa fuerint ab eo, qui intellegebat, nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, sive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatamve assectatus fuerit, sive cujus pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis pluribus modis admitti injuriam, manifestum est.

On commet une injure, non-seulement quand on frappe quelqu'un avec le poing ou avec un bâton, mais encore lorsqu'on ameute les passants après lui, ou bien en se faisant envoyer en possession du patrimoine d'une personne que le demandeur savait ne rien lui devoir; il en est de même si on a écrit, composé, publié ou fait publier un libelle ou un poëme diffamatoire; puis, si on a suivi d'une manière affectée une mère de famille, ou un jeune homme, ou un jeune fille portant encore la robe prétexte; si on a attenté à la pudeur; il est enfin certain qu'on peut se rendre coupable d'injure d'une infinité de manières.

Convicium signifie les injures patentes, les clameurs dont on poursuit quelqu'un en public, de manière à produire un rassemblement. Du reste, on peut, suivant Labéon, se rendre coupable d'un *convicium*, même vis-à-vis d'un absent : « Proinde si quis ad domum « tuam venerit te absente (1). »

Il faut l'intention de faire injure.

2° *L'intention*. Pour être coupable d'injure, il faut la volonté de commettre le délit; il en résulte que les fous et les enfants ne sont pas regardés comme responsables, quand ils font un *convicium* ou un autre acte : « Cum enim *injuria ex affectu facientis consistat*, « consequens erit dicere, hos injuriam fecisse non videri (2). » Mais dès qu'il y a volonté, l'injure existe, même quand on s'est trompé de personne: si quelqu'un me frappe en me prenant pour Lucius Titius, lorsque je suis Caïus Séius, le délit est commis, et j'ai le droit d'intenter l'action (3).

L'injure donne des droits à certaines personnes autres que l'insulté.

L'injure avait, à Rome, un caractère tout spécial, en ce que l'affront fait à une personne semblait rejaillir sur d'autres individus, qui pouvaient alors agir comme si on s'était directement adressé à eux.

§ 2. Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet; item per uxorem suam, *id enim magis prævaluit*. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque et mariti nomine. Contra autem, si viro injuria facta sit; uxor injuriarum agere non potest : defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed et socer *nurus*

On reçoit une injure, non-seulement par soi-même, mais encore par ceux qu'on a en sa puissance; de même par son épouse, suivant l'opinion qui a prévalu. Si donc vous faites injure à la fille d'une personne, et qu'elle soit mariée à Titius, on vous poursuivra par l'action d'injures, non-seulement au nom de la fille, mais encore au nom de son père et de son mari; mais, par contre, si on fait une injure au mari, la femme ne peut pas agir ; car s'il est convenable que le mari protége sa femme, le con-

(1) F. 15, § 4, 7, *de injuriis*. D. 47, 10. — (2) F. 2, § 1, *de injuriis*. D. 47, 10. — (3) F. 18, § 3, *de injuriis*. D 47, 10.

nomine, cujus vir in potestate est, injuriarum agere potest.

traire n'est pas vrai. Le beau-père peut intenter l'action d'injure au nom de sa bru, s'il a le mari *in potestate*.

A l'énumération du texte, il faut ajouter le fiancé, qui peut agir en son propre nom, quand il y a eu injure faite à la fiancée. Ulpien va encore plus loin, car il donne l'action à l'héritier ou au *bonorum possessor*, quand il y a eu injure faite au cadavre du défunt. Car, dit-il, « spectat *ad existimationem* nostram si quæ ei fiat injuria. » C'est en suivant le même ordre d'idées qu'on donnait l'action à un fils contre la personne qui avait mutilé la statue de son père, placée sur son tombeau (1).

Le fiancé peut agir du chef de sa fiancée.

Bien qu'en principe, l'injure faite à un fils de famille donne une action au père, on distinguait cependant si l'auteur du délit avait connu la qualité de l'insulté; s'il l'avait cru chef de famille, on ne pouvait agir qu'une fois. Pour la femme mariée, il en était de même. Du reste, dans ce cas, on pouvait être exposé à quatre actions d'injures; supposons, en effet, que la femme, soit *filiafamilias*, il y aura : 1° action au nom de la femme; 2° action au nom de son père; 3° action au nom de son mari; 4° action au nom du *socer* (2).

Pour la femme mariée il y a quatre actions possibles.

§ 3. Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intellegitur, sed domino per eos fieri videtur : non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos et uxores, sed ita, cum quid atrocius commissum fuerit, et quod aperte ad contumeliam domini respicit. Veluti si quis alienum servum verberaverit, et in hunc casum actio proponitur ; at si quis servo convicium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.

On ne peut faire aucune injure aux esclaves, mais on peut insulter leur maître en leur personne; non pas de la même manière que cela a lieu pour les enfants et pour les femmes, mais quand on leur a fait insulte grave, directement dirigée contre le maître. Si, par exemple, on a frappé l'esclave d'autrui, on a établi une action pour ce cas; mais si on a seulement ameuté le monde après un esclave, si on lui a donné un coup de poing, le maître n'a pas d'action contre l'auteur du fait.

Il n'y a pas d'injure pour les esclaves, mais quelquefois le maître peut agir.

Même quand l'injure a été faite *contemplatione domini*, il n'y a lieu qu'à une seule action. Toutefois, si l'esclave a été maltraité d'une manière très-grave, le préteur donne contre l'auteur du délit une action *in factum*, même quand il n'avait pas eu l'intention de faire injure au maître (3); il ne fallait pas laisser impuni un acte d'inhumanité.

§ 4. Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.

Si l'insulte a été faite à un esclave commun, il est juste d'estimer l'injure, non d'après la portion qu'on a dans la propriété, mais d'après la personne des maîtres injuriés.

(1) F. 13, § 24. — F. 1, § 4. — F. 27, *de injuriis*. D. 47. 10. = (2) Cf. F. 1, § 9. — F. 18 § 2, 4, *de injuriis*. D. 47, 10, et la fin du paragraphe des Institutes. = (3) F. 15, § 34-35, *de injuriis*. D. 47, 10.

§ 5. Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii est, magis Mævio injuria fieri intellegitur.

Que si l'usufruit de l'esclave appartient à Titius et la propriété à Mævius, c'est ce dernier qu'on regarde comme injurié.

Il faut distinguer cependant le cas où l'auteur de l'injure aurait eu l'usufruitier en vue, car alors c'est à lui qu'on donnerait l'action; contrairement à ce qui est dit dans le paragraphe des Institutes (1).

§ 6. Sed si libero, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit; *nisi in contumeliam tuam* pulsatus sit, tunc enim competit et tibi injuriarum actio. Idem ergo est in servo alieno bona fide tibi serviente, ut totiens admittatur injuriarum actio, quotiens in tuam contumeliam injuria ei facta sit.

Si on fait injure à un homme libre que vous possédez de bonne foi comme esclave, vous n'avez pas d'action, c'est lui qui doit agir en son propre nom, à moins qu'on ne l'ait poussé pour vous faire affront, car alors vous avez l'action d'injure. Il en est de même pour l'esclave d'autrui qui vous sert de bonne foi, vous aurez l'action quand l'insulte aura été faite à votre intention.

B. *Diverses espèces d'injures.*

Injure simple et injure atroce. On distinguait deux espèces d'injures : l'une simple, l'autre atroce, qui tirait son caractère des diverses circonstances énoncées dans le paragraphe suivant :

Caractères de l'injure atroce. § 9. Atrox injuria æstimatur vel *ex facto* (veluti si quis ab aliquo vulneratus fuerit, vel fustibus cæsus), vel *ex loco* (veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu prætoris injuria facta sit), vel *ex persona* (veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili injuria facta sit, aut parenti patronoque fiat a liberis vel libertis : aliter enim senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personæ injuria æstimatur), nonnunquam et *locus vulneris* atrocem injuriam facit (veluti si in oculo quis percussus sit); parvi autem refert, utrum patrifamilias, an filiofamilias talis injuria facta sit : nam et hæc atrox æstimabitur.

On déclare l'injure atroce, ou bien d'après le fait, si quelqu'un a été blessé ou frappé de verges; ou d'après le lieu, si l'injure a été faite au théâtre, sur le forum, en présence du préteur; suivant la personne, si un magistrat a été insulté, si un sénateur a été injurié par une personne vile, si des enfants ou des affranchis ont insulté leurs ascendants ou leurs patrons; car on estime différemment l'injure faite à l'une de ces personnes et celle qui s'adresse, soit à un étranger, soit à un homme de peu; quelquefois la place de la blessure rend l'injure atroce, si, par exemple, on a été frappé sur l'œil; peu importe qu'il s'agisse alors d'un père de famille ou d'un fils de famille, car cette injure est toujours atroce.

Cette division des injures avait des conséquences pratiques importantes, en ce que l'on ne donnait pas toujours l'action d'injure simple, tandis qu'on accordait l'action d'injure atroce; ainsi, quand un affranchi voulait agir contre son patron; puis, dit Gaïus, dans l'injure atroce, c'est le préteur lui-même qui fixe la condamnation. Enfin, suivant Paul, l'esclave qui a commis une injure atroce *in metallum damnatur;* si l'injure est légère, on se contente de le

(1) F. 15, § 18, *de injuriis*. D. 47, 10.

fouetter, et on le rend ensuite à son maître, qui devra le mettre à la chaîne pendant un certain temps (1).

C. *Actions naissant de l'injure.*

§ 6. Injuriarum actio aut lege, aut more, aut mixto jure introducta est : lege duodecim Tabularum, de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis.

§ 7. Moribus, quoties factum pro qualitate sui arbitrio judicis æstimatur, congruentis pœnæ supplicio vindicatur.

L'action d'injure a été introduite ou par la loi, ou par les mœurs, ou par un droit mixte; par la loi des douze Tables pour les chants diffamatoires, les membres et les os brisés. Paul. Sent., liv. V. tit. IV.

Par les mœurs, toutes les fois qu'un fait est estimé par le juge, qui lui inflige une peine proportionnée à sa gravité.

D'après la loi des douze Tables, l'auteur d'un chant diffamatoire était fouetté, *fustibus cæsus;* dans les autres cas, la pénalité variait.

§ 223. Pœna autem injuriarum ex lege duodecim Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat, propter os vero fractum aut collisum, trecentorum assium pœna erat, velut si libero os fractum erat; at si servo, CL. Propter cæteras vero injurias XXV assium pœna erat constituta, et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneæ istæ pecuniariæ pœnæ.

§ 224. Sed nunc alio jure utimur; permittitur enim nobis a prætore *ipsis* injuriam æstimare, et judex vel tanti condemnat quanti nos æstimaverimus, vel minoris, prout illi visum fuerit. Sed cum atrocem injuriam prætor æstimare soleat, si simul constituerit quantæ pecuniæ nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et judex, quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius prætoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.

D'après la loi des douze Tables, la peine des injures était le talion pour un membre rompu; pour un os brisé ou froissé, la peine était de trois cents as, s'il s'agissait d'un homme libre; de cent cinquante, s'il s'agissait d'un esclave. Pour les autres injures, la peine était de vingt-cinq as, ce qui paraissait suffisant dans ces temps de grande pauvreté (2). Gaius, C. III. Sommes payées dans le cas d'injure.

Mais aujourd'hui notre droit est différent; car le préteur nous permet d'estimer l'injure, et le juge condamne suivant notre estimation, ou à une somme moindre, comme bon lui semble. Mais comme le préteur a l'habitude d'estimer l'injure atroce en fixant le montant du *vadimonium*, si nous plaçons cette estimation dans notre formule, le juge, par respect pour l'autorité du préteur, n'osera pas ordinairement diminuer la condamnation, bien qu'il puisse le faire.

On estimait l'injure suivant la dignité de la personne à laquelle elle avait été faite, et on se plaçait pour cela au moment du délit; quand le même fait donnait lieu à plusieurs actions, les estimations variaient suivant les personnes au nom desquelles on agissait (3). Ces principes sont encore en vigueur à l'époque de Justinien. On estimait l'injure *ex dignitate personæ.*

§ 7. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege duodecim Tabularum introducta est, in desuetudinem abiit; quam autem prætores introduxerunt, quæ etiam *honoraria* appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundum *gradum dignitatis vitæque honestatem crescit*

La peine de l'injure établie par la loi des douze Tables est tombée en désuétude. Celle que les préteurs ont introduite, et qu'on appelle honoraire, est appliquée dans les tribunaux. L'estimation de l'injure augmente ou diminue suivant le degré de dignité, ou sui- Instit., liv. IV, tit. IV.

(1) G. C. III, § 224. — Paul. Sent., liv. V, tit. IV. § 22. — (2) Cf. Aulu-Gelle. *Noct. att.*, liv. XX, ch. I, où il raconte l'histoire des soufflets que Lucius Veratius payait 25 sesterces. — (3) F. 21, 30, § 1. — F. 31, *de injuriis.* D. 47, 10.

aut minuitur æstimatio injuriæ; qui gradus condemnationis et in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito constituatur.

vant l'honorabilité de la vie; on suit cette gradation des peines même pour les personnes esclaves, et avec raison, car il y a une différence entre l'esclave intendant, l'esclave d'une condition moyenne et celui de la dernière condition, qu'on tient ordinairement enchaîné.

Action pénale.

A côté de l'action civile il y avait souvent une action pénale, et c'est à cela que fait allusion Paul quand il parle de l'action introduite *mixto jure.*

§ 10. In summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse *criminaliter* agere, vel *civiliter.* Et, si quidem civiliter agatur, æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur : hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut *viri illustres, quique supra eos sunt,* et per procuratorem possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere, secundum ejus tenorem, qui ex ipsa manifestius apparebit.

Représentation dans l'action d'injure.

Il faut savoir, en résumé, que celui qui a souffert d'une injure peut agir criminellement ou civilement. Si on agit civilement, on fait l'estimation de la peine, comme nous l'avons dit; si on poursuit au criminel, le juge inflige au coupable une peine extraordinaire; ceci doit être observé en respectant la constitution de Zénon, qui permet aux personnes illustres et à celles d'un rang supérieur d'intenter l'action d'injure ou d'y défendre par procureur, conformément aux dispositions qui résultent de son texte.

Quand on intentait l'action d'injure au civil, on pouvait toujours se faire représenter par un *procurator* (1). La faveur accordée par Zénon ne s'applique qu'aux procédures criminelles.

Peines infligées.

Paul donne de nombreux exemples de peines appliquées aux injures. Les atteintes à la pudeur sont punies de la mort ou de la déportation; les auteurs des libelles diffamatoires, ceux qui les ont répandus ou récités sont également déportés ou relégués, etc. (2).

Enfin les Institutes mentionnent une loi pénale, la loi Cornélia.

§ 8. Sed et lex Cornelia de injuriis loquitur, et injuriarum actionem introduxit. Quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitum esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitat, sive in conducta, vel gratis, sive hospitio receptus sit.

La loi Cornélia parle aussi des injures, et elle a introduit une action pour ce fait. On la donne à celui qui dit avoir été poussé ou frappé, ou qui prétend qu'on est entré par violence dans son domicile. Nous entendons par domicile, soit la maison qui lui appartient, soit celle qu'il a louée, ou dans laquelle on lui donne gratuitement l'hospitalité.

Application de la loi Cornélia.

La loi Cornélia s'appliquait à trois espèces d'actes : 1° quand on avait été *pulsatus sine dolore*; 2° si on avait été *verberatus cum dolore*; 3° si, par force, on avait violé le domicile de quelqu'un.

(1) F. 11, § 2, *de injuriis.* D. 47, 10. — Cf. Paul. Sent., liv. V, tit. IV, § 12. — (2) Paul. Sent., liv. V, tit. IV, § 11, 14, 15, 16, 17. — Suivant Gaius, celui qui intentait calomnieusement une action d'injure était puni de l'exil ou de la relégation. F. 43, *de injuriis.* D. 47, 10.

La loi Cornélia avait été votée sous le dictature de Cornélius Sylla ; elle permettait d'agir au civil et au criminel. Au civil, la condamnation était laissée à l'estimation du juge ; au criminel, les coupables étaient frappés d'exil, ou condamnés, soit aux mines, soit aux travaux publics (1).

La condamnation par suite de l'action d'injure entraînait l'infamie : « Injuriarum civiliter damnatus, dit Paul, famosus efficitur. »

D. *Qui peut intenter l'action et contre qui.*

L'action peut être intentée, soit par celui qui éprouve directement ou indirectement l'injure, soit par la personne qui a la *potestas* sur l'individu offensé. Quelquefois le préteur accordait une action *in factum* au fils de famille : ainsi dans le cas de la loi Cornélia; ainsi quand il y avait absence du père; enfin dans le cas d'injure atroce, le fils pouvait agir même quand le père était présent, et même quand il renonçait à l'action. Au civil, on peut toujours agir par *procurator* ; au criminel, il fallait agir soi-même (2). Celui qui souffre de l'injure peut agir.

L'action d'injure était donnée contre l'auteur du délit, contre les complices et contre les instigateurs. Contre qui on donne l'action d'injure.

§ 11. Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, hoc est, qui percussit; verum ille quoque continebitur, qui dolo fecit, vel qui curavit, ut cui mala pugno percuteretur.

L'action d'injure s'applique non-seulement à celui qui a commis l'injure, c'est-à-dire qui a frappé, mais aussi à celui qui par dol a fait en sorte qu'une personne fût frappée.

Les magistrats qui abusent de leur pouvoir peuvent être attaqués par l'action d'injure, mais pour les magistrats supérieurs, il faut attendre qu'ils aient quitté leurs fonctions (3).

Il y a enfin des cas où l'action d'injure est refusée, à moins qu'il n'y ait des causes graves pour l'accorder; ainsi, en principe, le fils de famille ne peut pas intenter cette action contre son père ; le fils émancipé et l'affranchi ne peuvent le faire que s'il y a eu injure atroce (4). Cas où l'action est refusée.

L'action d'injure était exclusivement attachée à la personne, elle ne passait aux héritiers ou contre les héritiers que s'il y avait eu *litis contestatio*; elle ne durait ordinairement qu'une année, et même elle s'éteignait dès qu'il y avait eu *dissimulatio*, c'est-à-dire si la personne insultée avait méprisé le fait et laissé voir qu'elle n'avait pas l'intention de poursuivre (5). L'action est annale. *Dissimulatio* et transaction.

(1) F. 5, pr., § 2 à 5. — F. 37, § 4, *de injuriis.* D. 47, 10. — Paul. Sent., liv. V, tit. IV, § 8-9. = (2) F. 5, § 7. — F. 17, § 10 à 17, § 22, *de injuriis.* — F. 47, 10. — Paul. Sent., liv. V, tit. IV, § 12. = (3) F. 32, *de injuriis.* D. 47, 10. = (4) F. 7, § 2-3, *de injuriis.* D. 47, 10. — L. 6, Cod., *de injuriis*, 9, 35. = (5) F. 18. — F. 28, *de injuriis.* D. 47, 10. — L. 5, Cod., *de injuriis*, 9, 35.

§ 12. Hæc actio dissimulatione aboletur; et ideo, si quis injuriam dereliquerit, hoc est statim passus, ad animum suum non revocaverit, postea, ex pœnitentia, remissam injuriam non poterit recolere.

Cette action est éteinte par la dissimulation; si donc quelqu'un a méprisé une injure, il ne peut plus ensuite revenir par réflexion sur la remise qu'il a faite.

La transaction produisait le même effet.

TITRE V.

Obligations qui naissent quasi ex delicto.

Sommaire. — 1. *Caractère de ces obligations.* — 2. *Exemples donnés par les Institutes.*

Lorsqu'un fait illicite n'est pas classé par la loi dans la liste des délits, l'obligation de réparer le dommage causé vient *quasi ex delicto*. Les caractères généraux de l'action résultant de ces faits sont les mêmes que ceux de l'action *ex delicto*. Elle ne passe pas contre les héritiers, elle peut se cumuler avec d'autres actions; on la répète autant de fois qu'il y a d'auteurs de l'acte illicite, etc.

Les Institutes ne donnent ici que des exemples.

Instit., liv. IV, tit. v.

Juge qui fait le procès sien. Dans quels cas?

Pr. Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, *licet per imprudentiam* : ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

Si un juge a fait le procès sien, il n'est pas à la vérité tenu *ex delicto*; mais comme il n'est pas obligé *ex contractu*, et qu'il a commis un fait punissable, même quand il n'y a eu qu'imprudence, on dit qu'il est tenu comme s'il y avait eu délit, et il sera condamné à une peine que le juge fixera suivant sa conscience.

On admet d'une manière générale que le juge fait le procès sien lorsqu'il s'écarte des fonctions qui lui sont attribuées par la loi. Ulpien dit : « Judex tunc litem suam facere intelligitur, cum *dolo malo* in « fraudem legis sententiam dixerit. » Le juge fait le procès sien quand il prononce une sentence en fraude de la loi (1).

Gaïus suppose que la faute suffit, sans qu'il y ait dol de la part du juge; car il faut qu'il se conforme aux termes de la formule, sinon il fait le procès sien (2).

Penalité.

Quand il y avait dol du juge, la loi des douze Tables prononçait contre lui la peine capitale, sans préjudice de l'indemnité due à la partie qui avait éprouvé une perte par le fait du *judex*. Nous pensons qu'il n'y a pas lieu à distinguer, sous ce dernier point de vue, le cas où il y a eu dol de celui où il y a eu simplement faute; c'est toujours une obligation *quasi ex delicto*, puisque l'acte ne rentre pas dans les quatre délits que nous avons énumérés.

(1) F. 15, § 1, *de judiciis*. D. 5, 1. = (2) F. 6, *de extraordin. cogn.* D. 50, 13. G. C. IV, § 52.

§ 1. Item is, ex cujus cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitabat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, *quasi ex maleficio* obligatus intellegitur : ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id *positum* aut *suspensum* habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere : quo casu *pœna decem aureorum* constituta est. De eo vero, quod dejectum effusumve est, *dupli*, quanti damnum datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum *quinquaginta aureorum* pœna constituitur; si vero vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur : judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta sunt, præterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est.

Action dejecti vel effusi.

De même, celui de l'appartement duquel on a jeté ou répandu quelque chose, de manière à nuire à autrui, est tenu d'une obligation *quasi ex delicto*, sans distinguer s'il est propriétaire ou locataire, ou si on lui donne gratuitement l'habitation ; on ne dit pas qu'il y a délit, parce qu'il est responsable presque toujours du fait d'une tierce personne, comme un fils ou un esclave. Il en est de même de celui qui pose ou suspend, dans un endroit où passe le public, des choses qui pourraient nuire si elles tombaient. Dans ce cas, la peine est de dix *aurei*. Quand il y a eu *dejectum vel effusum*, l'action est au double du dommage causé. Pour un homme libre tué, il y a une peine de cinquante *aurei* (1); s'il vit, mais qu'il soit blessé, on lui donne une action pour obtenir une juste indemnité; le juge doit tenir compte des sommes payées au médecin, et des autres dépenses faites pour la guérison ; il doit aussi évaluer le produit du travail qu'il n'a pu faire, et qu'il ne pourra pas faire dans l'avenir s'il est infirme.

On ne suppose pas, dans le paragraphe précédent, que la poursuite soit dirigée contre l'auteur même de l'acte, car il serait tenu par l'action directe ou utile de la loi Aquilia; il s'agit de l'action *in factum*, intentée contre le maître de la maison.

Caractères de l'action de effusis vel dejectis.

L'action *de effusis et dejectis* était perpétuelle; la poursuite, quand il y avait eu un homme libre tué, ne pouvait être exercée que pendant un an; dans le cas de blessures, celui qui avait souffert du fait avait une action perpétuelle; les autres personnes n'avaient qu'une action annale, qui ne passait pas aux héritiers. Tout le monde pouvait agir : « Hæc actio est popularis, » mais on préférait ceux qui avaient un intérêt direct. Paul fait remarquer que d'après Labéon on appliquait l'édit : « Si interdiu dejectum sit, non nocte (2). »

§ 2. Si filiusfamilias seorsum a patre habitaverit, et quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est : Juliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. Quod et in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.

Si un fils de famille habitant hors de chez son père a jeté quelque chose de son appartement, ou s'il a placé ou suspendu un objet dont la chute est dangereuse, Julien dit qu'il n'y a aucune action contre le père, il faudra agir contre le fils lui-même; c'est aussi la règle à suivre pour le fils de famille *judex* qui a fait le procès sien.

(1) L'*aureus*, sous Antonin, valait 21 fr. 93. c. A partir d'Alexandre Sévère, il fut remplacé par le *solidus*, qui valait après Constantin 15 fr. 10 c. — (2) F. 5, § 5. — F. 6. § 1, *de his qui effuderint*. D. 9, 3.



Le père n'était soumis, dans ce cas, à aucune responsabilité, pas même à l'action *de peculio* : « Ex pœnalibus causis non solet in « patrem de peculio actio dari. » Il en serait autrement pour l'esclave, on donnerait ou une action noxale, ou une action *in factum* (1).

Action contre les bateliers et les hôteliers.

§ 3. Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli, de dolo aut furto, quod in nave, aut in caupona, aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret : cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, et aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo, quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus *in factum* actio competit, quæ heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.

De même le patron d'un navire, le maître d'une auberge ou d'une étable est tenu *quasi ex delicto* du dol et du vol commis sur le bâtiment, dans l'auberge ou dans l'étable, par eux qu'il emploie, pourvu qu'il n'y ait aucun délit de sa part; car l'action qu'on a contre lui ne vient pas d'un contrat, et il est, en quelque sorte, en faute d'employer des hommes sans probité; son obligation est donc *quasi ex delicto*. Dans ces cas, on a une action *in factum* qui passe à l'héritier, mais qui n'est pas donnée contre lui (2).

Caractères de l'action.

Cette action, appelée *furti adversus nautas, caupones*, était *in duplum*. Il y a grande controverse entre les jurisconsultes pour savoir si les *nautæ*, *caupones*, etc., étaient responsables du vol commis par les voyageurs qui se trouvaient sur le bâtiment ou dans l'auberge. Ulpien semble se prononcer pour l'affirmative dans certains textes, et pour la négative dans d'autres passages; nous croyons qu'on peut résoudre ainsi la difficulté : les *nautæ* répondaient de la valeur des objets détournés même par les voyageurs, ils étaient assimilés à ceux qui doivent *præstare custodiam*; mais l'action *furti adversus nautas in duplum* n'était donnée que si le vol avait été commis par des matelots, par ceux qui étaient à bord « ut navis naviget, hoc est « nautas. » De même, celui qui a une auberge ou une étable ne sera tenu *in duplum* que s'il y a fait de ses employés (3).

TITRE VI.

De l'obligation naturelle (4).

Sommaire. — 1. *Qu'est-ce que l'obligation naturelle?* — 2. *Ses caractères.* — 3. *Ses effets.* — 4. *Cas dans lesquels il y a obligation naturelle.*

Notion de l'obligation naturelle.

On trouve souvent dans les textes du droit romain, et dans certains articles de nos codes, la mention d'une obligation naturelle qu'on oppose en quelque sorte à l'obligation civile; mais nulle part le législateur n'en donne une définition précise; de là des difficultés

(1) F. 58, *de regulis juris*. D. 50, 17.—F. 1, § 8, *de his qui effuderint*. D. 9, 3. = (2) Cf. Cod. Nap., art. 1384, 1386, 1953. = (3) Cf. F. 1, § 8.— F. 2, 3, *nautæ caupones*. D. 4, 9. — F. 1, § 1, 2, 6, *furti adversus naut.* D. 47, 5. = (4) M. Holtius a publié en 1852 une théorie de l'obligation naturelle, dans laquelle il s'écarte sur beaucoup de points des idées généralement admises. V. *Revue de Wolowski*, cahier de sept.-octob. 1852.

à l'occasion desquelles les jurisconsultes sont encore loin de s'entendre : souvent, quand ils croient discuter sur ce point, leurs arguments se croisent sans se rencontrer, car ils sont dans deux ordres d'idées différents. Pour éviter cet écueil, nous croyons devoir exposer d'abord nos idées sur l'obligation naturelle, et montrer sous quel point de vue nous l'envisageons.

En droit romain comme en droit français, nous pensons que l'obligation naturelle est un lien d'équité reconnu par la loi civile, mais auquel on n'a pas attaché d'action pour en assurer l'exécution. Sa définition.

Nous posons également en principe qu'il faut toujours distinguer : 1° les obligations de conscience, 2° les obligations naturelles, 3° les obligations civiles.

L'homme, comme être libre, intelligent et perfectible, est soumis à deux lois bien distinctes : la loi naturelle et la loi positive. Distinction entre la loi naturelle et la loi positive.

La loi naturelle, dont Cicéron donnait cette magnifique définition : « Est quidem vera lex recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quæ vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat. »

La loi positive, dont le principe se trouve dans la loi naturelle, et dont les détails ne sont que l'organisation et la sanction plus ou moins heureuses du principe de justice, par le législateur humain.

La source de ces lois est la même, mais leur application est différente; chacune a son domaine séparé. Nous l'avons déjà dit dans notre Introduction, le point de départ de toutes les lois doit se trouver dans l'équité, la justice, la morale; pour nous, ces diverses expressions sont synonymes; au point de vue législatif, comment leur application pourra-t-elle varier? Le voici : la loi naturelle embrasse tous les rapports qui peuvent exister d'homme à homme; et encore si l'on veut, avec certains philosophes, les rapports de l'homme avec Dieu et les objets de la création. La loi positive, tout en se basant sur la justice, ne doit réglementer que les rapports intéressant le corps social. Là où cesse l'utilité pour la société, là doit s'arrêter le législateur; aussi le voyons-nous laisser en dehors de ses prescriptions une série de faits dont il est loin de méconnaître l'importance morale, mais qui n'ont pas une influence assez directe ou assez grave sur l'agrégation qu'il régit pour qu'il vienne limiter ou enchaîner la liberté de l'homme. La source des deux lois est la même, La justice. Leurs applications sont différentes.

De là cette conséquence, que les faits auxquels s'applique la loi positive sont toujours en partie soumis aux prescriptions du droit naturel, tandis que les rapports qui sont du droit naturel pur peuvent rester entièrement en dehors des applications de la loi humaine.

Cette vérité trouve son application dans les relations de tous les jours qui existent entre les hommes. Pour savoir s'il y a obligation

conforme au droit naturel, nous n'avons qu'une seule question à nous poser : Cela est-il juste? cela doit-il être exécuté? Pour savoir s'il y a obligation d'après le droit positif, nous devons nous demander, non-seulement si une chose est juste, mais encore si elle est permise, si elle est admise par la loi. Quand la réponse à cette dernière question est négative, le rapport existant rentre exclusivement dans le domaine du droit naturel. Le droit positif ne peut pas lui être appliqué, il n'a pas voulu lui prêter son appui, il y a donc seulement *obligation de conscience.*

Cas d'obligations de conscience seulement.

Prenons deux exemples, l'un en droit romain, l'autre en droit français. Une femme s'engage pour autrui, malgré le sénatus-consulte Velléien; elle a promis de payer la dette contractée par Séius; il est évident qu'au point de vue de l'équité elle est tenue, l'honnêteté veut qu'elle exécute. Est-ce l'avis de la loi positive? Non, car elle va jusqu'à permettre d'intenter la *condictio indebiti* s'il y a eu payement effectué (1). En droit français, supposons une personne qui a vendu la succession non ouverte de l'un de ses parents; l'équité veut qu'elle tienne sa promesse, cela nous paraît évident, et cependant l'art. 1130 du Code Napoléon porte qu'on ne peut faire aucune stipulation sur une succession future. D'où il faut conclure que de ce contrat, nul d'après notre droit positif, il résulte cependant une obligation valable d'après le droit naturel. L'auteur de la loi n'a probablement pas méconnu le lien d'équité qui existe dans cette circonstance, mais il a craint les inconvénients que pourrait amener ce genre de promesses s'il le déclarait obligatoire.

Quant à l'obligation d'équité, le débiteur devra l'accomplir, sous peine d'assumer sur lui la responsabilité d'une action déshonnête, mais il n'y qu'un lien de conscience; l'unique sanction sera le remords, car non-seulement le législateur humain refuse toute action, mais encore il permet de revenir sur l'exécution accomplie.

Obligation civile et naturelle selon le droit positif.

Si nous passons maintenant au droit positif, nous commencerons par constater que l'effet des conventions qu'il approuve n'est pas nécessairement toujours le même. La loi écrite est l'œuvre de l'homme, cette œuvre, le législateur pouvait la modifier à l'infini; et, au point de vue qui nous occupe, il a reconnu deux classes d'obligations naissant des faits qu'il a prévus. La première classe produit des effets dont l'exécution est garantie par tous les moyens de sanction que les lois établissent, c'est là ce qu'on appelle ordinairement l'obligation civile. La seconde est également reconnue par le législateur, mais il ne la sanctionne pas d'une manière aussi énergique, il lui refuse l'action; il ne s'occupe d'elle que lorsqu'il y a eu exécu-

(1) F. 40, *de condict. indebiti.* D. 12, 6. — F. 8, § 3, *ad sc. Velleianum.* D. 16, 1.

tion volontaire, ou lorsqu'il s'agit d'y appliquer certains faits accessoires, comme la fidéjussion, la novation, etc. Nous pensons que c'est à cette classe d'obligations qu'il faut donner, en droit romain et en droit français, le nom d'obligations naturelles.

Nous arrivons donc à une triple division : 1° les obligations de conscience, dont l'équité exige l'exécution, mais qui ne sont pas reconnues par la loi positive. 2° Les obligations civiles, dont le législateur humain assure l'exécution par les moyens de sanction dont il dispose. 3° L'obligation naturelle reconnue par la loi positive, qui n'y attache pas d'action, assurant l'exécution par la contrainte judiciaire, mais qui confirme et protége certains résultats, comme l'accomplissement volontaire ou la création de contrats accessoires.


Dans l'ancien droit romain on ne connaissait pas l'obligation naturelle.

Ces principes ne furent pas d'abord admis dans l'ancienne législation de Rome, dont nous avons si souvent signalé le caractère rigide pour les actes translatifs de propriété ou créateurs du droit personnel. Mais quand le droit prétorien eut entrepris la correction des *veteres juris iniquitates*, quand il eut proclamé dans l'édit qu'il était grave de manquer à la foi promise, « grave est fidem fallere, » on comprend qu'on ait rencontré des cas dont l'équité demandait la reconnaissance, bien que le droit quiritaire refusât de les sanctionner.

Nous pensons donc que c'est au droit prétorien et au travail de la jurisprudence, *disputatio fori*, qu'on dut l'admission de ces rapports auxquels l'équité sert de base, et qu'on a appelés *obligations naturelles*. Il est certain que le développement de cette théorie s'est fait successivement; on a dû refuser d'abord la *condictio indebiti* après qu'il y avait eu exécution volontaire; puis on a permis d'ajouter au lien primitif des sûretés accessoires, comme le gage et la fidéjussion; enfin on a admis qu'on pourrait y trouver la base d'une novation, d'une compensation, etc. Mais, à notre avis, les deux principaux caractères de l'obligation naturelle se sont toujours trouvés : 1° dans le refus d'une action ayant pour but de forcer le débiteur à exécuter; 2° dans le refus de la *condictio indebiti* après l'exécution volontaire (1). Des principes que nous venons de poser nous tirerons la définition suivante de l'obligation naturelle : « Obligatio naturalis est vinculum juris, quo *æquitate* adstringimur alicujus solvendæ rei secundum nostræ civitatis jura. » C'est tout

(1) Deux fragments du Digeste, le F. 10, *de oblig. et act.*, D. 44, 7, et le F. 16, § 4, *de fidejussoribus*, D. 46, 1, semblent supposer qu'une action peut naître d'une obligation naturelle. Nous croirions volontiers avec Hotoman qu'il faut intercaler une négation dans le texte. Des auteurs, comme M. Vangerow, conservent le texte et pensent qu'il s'agit de l'action naissant de la fidéjussion ou de l'hypothèque, jointe à l'obligation naturelle. MM. de Savigny et Puchta appliquent ces passages aux obligations qui sont naturelles au point de vue de leur origine, en ce qu'elles viennent du *jus gentium*.

simplement la définition de l'obligation civile, dans laquelle nous substituons le mot *æquitas* au mot *necessitas*, pour indiquer l'absence d'action.

A. *Quels sont les effets de l'obligation naturelle en droit romain?*

Il peut sembler bizarre de commencer par indiquer les effets de l'obligation naturelle avant de rechercher les cas dans lesquels elle existe, et cependant cette marche est forcée, voici pourquoi : les textes du droit romain contiennent une énumération assez nette des effets produits par l'obligation naturelle, tandis qu'ils ne donnent pas la liste des circonstances dans lesquelles on doit admettre l'existence de ce lien d'équité. Or, si nous connaissons ces effets, et que nous puissions les appliquer tous, ou du moins en grande partie, à un fait dont la classification est douteuse, nous serons recevables à dire: Il y a, ou, il n'y a pas obligation naturelle.

Effets de l'obligation naturelle. Refus d'action.

Le premier effet c'est le refus d'action; mais il ne forme pas à lui seul un critérium infaillible, puisque les obligations de conscience, distinctes des obligations naturelles, ne sont pas non plus sanctionnées par des actions.

Refus de la *condictio indebiti*.

Le second effet c'est le refus de la *condictio indebiti*; ici les textes sont formels : « Naturales obligationes æstimantur... si soluta pe« cunia repeti non potest (1). » Toutefois, l'absence de la *condictio indebiti* n'est pas encore un signe qui puisse servir exclusivement de base, puisque dans la *condictio ob turpem causam* on refuse quelquefois la répétition, non qu'il y ait obligation reconnue par la loi, mais pour arriver à punir indirectement celui qui a fait une convention illicite.

Si les deux effets que nous venons de signaler ne suffisent pas, quand ils sont isolés, pour faire reconnaître une obligation naturelle, ils prennent une signification évidente lorsqu'ils concourent avec les conséquences qui suivent.

Contrats accessoires ajoutés à l'obligation naturelle. Novation fidéjussion. Gage. Hypotheque. Compensation.

L'obligation naturelle peut servir de base à une novation. « Illud « non interest qualis processit obligatio, utrum *naturalis*, an « civilis, an honoraria..... Dummodo sequens obligatio aut civiliter « teneat, aut *naturaliter* (2). » Peu importe la nature de l'obligation qui existait la première, qu'elle fût naturelle, civile, ou prétorienne... pourvu que la seconde obligation soit valable civilement ou naturellement.

On peut faire garantir une obligation naturelle par un fidéjusseur. « Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis

(1) F. 10. *de oblig. et act.* D. 44, 7. — F. 16, § 4, *de fidejussor.* D. 46, 1. — F. 13, § 64, *de condict. indebiti.* D. 12, 6. — (2) F. 1, § 1, *de novationib.* D. 46, 2.

« vel *naturalis*, cui applicetur (1). » Il en est de même pour le gage, l'hypothèque, et le constitut (2). Enfin, Ulpien disait : « Etiam quod « natura debetur venit in compensationem ; » on peut opposer en compensation même une dette naturelle (3).

Nous devons remarquer en terminant que si on joint à l'obligation naturelle un des contrats accessoires dont nous venons de parler, le créancier aura une action, par laquelle il arrivera indirectement à se faire payer. Contre le fidéjusseur il agira *ex stipulatu*, contre le constituant par l'action *constitutæ pecuniæ*, etc., mais cela ne change en rien le caractère de l'obligation principale.

B. *Cas dans lesquels il y a obligation naturelle.*

L'acte qui fait naître le plus souvent l'obligation naturelle, c'est, suivant nous, le simple pacte, *pactum nudum* (4). Le droit prétorien reconnaît son existence et refuse la *condictio indebiti* quand on a payé à la suite d'un pacte; puisque l'édit promet de les protéger quand ils n'ont rien d'illicite, on peut assurer leur exécution par une fidéjussion ou une hypothèque. Enfin, le pacte ordinaire ne donne pas lieu à une action, nous pensons donc qu'il y a là tous les éléments qui constituent l'obligation naturelle. *Pactum nudum.*

Une question plus difficile est celle de savoir si les engagements contractés par des personnes incapables font naître cette obligation.

Et d'abord, que faut-il décider pour le pupille qui contracte sans l'*auctoritas tutoris?* *Cas du pupille.*

Un premier texte semble repousser l'existence de l'obligation du pupille : « Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti pro- « miserit, solverit, repetitio est; quia *nec natura debet* (5). » On peut répéter ce que le pupille a promis et payé sans l'assistance de son tuteur; car il ne doit pas même naturellement. Le jurisconsulte Licinnius Rufinus professait la même théorie quand il écrivait : « Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem *jure naturali* « obligatur (6). »

Un grand nombre d'autres passages du Digeste supposent, au contraire, que le pupille est tenu même quand il a contracté seul (7).

On a proposé divers systèmes pour concilier ces textes. 1° On

(1) F. 16, § 3. — F. 1, 6, § 2, *de fidejussor.* D. 46, 1. = F. 5, *de pignor. et hypoth.* D. 20, 1. — F. 1, § 7, *de pecunia constituta.* D. 13, 5. = (3) F. 6, *de compensationib.* D. 16, 2. = (4) M. Holtius le nie; il argumente des textes suivants : F. 7, § 4. — F. 27, § 2, *de pactis.* D. 2, 14. — F. 1, § 2, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. — F. 95, § 4, *de solut.* D. 46, 3; mais alors on ne sait plus où classer l'obligation naissant du pacte. = (5) F. 41, *de condict. indebiti.* D. 12, 6. = (6) F. 59, *de oblig. et act.* D. 44, 7. = (7) Les principaux textes sont : F. 127, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. — F. 1, § 1, *de novat.* D. 46, 2. — F. 25, *de fidejussor.* D. 46, 1. — F. 95, § 4, *de solutionib.* D. 46, 3. — F. 25, § 1, *quando dies.* D. 36, 2.

a dit que les Fragments refusant de reconnaître l'obligation naturelle s'appliquaient au pupille *proximus infantiæ*, que ceux dans lesquels l'obligation est admise s'appliquaient au pupille *proximus pubertatis*; mais rien ne confirme cette distinction. 2° D'autres auteurs ont soutenu que les textes affirmatifs avaient en vue la position des tiers accédant à l'obligation du pupille; que les incapables eux-mêmes n'étaient jamais tenus: cette théorie est réfutée par le F. 44, *de solutionibus*, D. 46, 3 (1). 3° Cujas a soutenu que le pupille était tenu naturellement: « In id quod locupletior factus est. » Cependant il est certain que dans ce cas Antonin le Pieux a donné une action contre le pupille : « Divus Pius Antoninus rescripsit, jure « pupillam non teneri, sed in quantum locupletior facta est *dandam* « *actionem* (2). » Antonin le Pieux a répondu que, d'après le droit strict, la pupille n'était pas tenue, mais qu'il fallait cependant donner l'action jusqu'à concurrence de ce dont elle s'était enrichie. A partir de cette époque, ce ne serait donc plus une obligation naturelle, mais bien une obligation civile, puisqu'on donnait une action.

M. de Savigny croit avec raison qu'il y avait controverse sur ce point entre les jurisconsultes romains, mais que l'opinion dominante, suivie par Justinien, admettait l'existence de l'obligation pour le mineur; cela résulte évidemment du F. 1, § 1, *de novationibus*, D. 46, 2, dans lequel Ulpien, voulant donner un exemple d'obligation naturelle, dit : « Ut puta pupillus sine tutoris auctoritate « promiserit; » les Fragments opposés sont des textes empruntés, par inadvertance, aux jurisconsultes qui étaient d'un avis différent.

Il faut donc poser en règle qu'après la loi d'Antonin le Pieux, le pupille devenu *locupletior* est tenu civilement, même quand il n'y a pas eu *auctoritas tutoris*; on le regarde comme obligé *ex re* (3). Si le pupille n'est pas devenu *locupletior*, il y aura obligation naturelle, ce qui n'est pas du reste bien dangereux pour lui, puisqu'il peut demander au préteur, et obtenir, suivant les circonstances, la *restitutio in integrum ob ætatem*.

Cas du prodigue. Quand il y a engagement contracté par un prodigue, il faut appliquer les mêmes règles que pour le pupille; cependant, il y a encore ici des textes qui semblent déclarer radicalement nulle la promesse du prodigue (4).

Cas du fou. Pour le fou, il faut examiner s'il a contracté dans un intervalle lucide, alors il y a obligation civile. S'il était dans un moment de folie, on ne peut pas admettre l'existence de l'obligation, même na-

(1) V. M. Ducaurroy, n° 1116, note A. = (2) F. 1, 5, *de auctoritate*. D. 26, 8. = (3) F. 3, § 4, *de negotiis gestis*. D. 3, 5. — Arg. F. 46, *de oblig. et act.* D. 44, 7. = (4) F. 6, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = F. 25, 70, § 4, *de fidejussor*. D. 46, 1.

turelle, parce qu'il n'y avait pas intelligence de l'acte fait; mais encore ici le fou serait tenu *ex re*, s'il était devenu *locupletior* (1).

Question pour l'esclave.

La question de savoir si l'engagement de l'esclave faisait naître pour lui une obligation naturelle est tranchée dans divers textes qui se prononcent pour l'affirmative. Gaïus déclare dans son Commentaire III, § 119, que le fidéjusseur peut garantir une obligation naturelle, et il cite comme exemple l'engagement pris par l'esclave, soit vis-à-vis des tiers, soit vis-à-vis de son maître. Ulpien dit au Digeste : « Servi ex contractibus civiliter quidem non obligantur, « sed *naturaliter* et obligantur et obligant (2). »

Pour le fils in potestate.

On cite encore comme cas d'obligation naturelle, l'engagement d'un fils *in potestate* vis-à-vis son père; puis l'obligation du fils de famille qui a emprunté contrairement au sénatus-consulte Macédonien. Paul déclare formellement qu'on ne peut pas répéter ce qui a été payé, « quia *naturalis* obligatio manet (3). » Au contraire, dans le cas du sénatus-consulte Velléien, on n'admettait pas que la femme fût liée, même naturellement, aussi lui permettait-on de répéter après avoir payé; ceux qui avaient garanti sa dette pouvaient opposer le sénatus-consulte; enfin la novation n'existait pas, car il faut une première obligation servant de base à la seconde (4).

Cas de la femme.

Cas dans lesquels on admet qu'il y avait obligation naturelle.

Voici, enfin, une série de cas dans lesquels la majorité des auteurs admet qu'il y a obligation naturelle, quoique cela soit contesté par quelques-uns :

1° L'*affranchi* doit naturellement à son patron les *operæ officiales* qu'il n'avait pas promises formellement; aussi ne peut-il pas intenter à cette occasion la *condictio indebiti* (5);

2° Après l'absolution injustement prononcée par le *judex*, il y a encore pour le débiteur une obligation naturelle (6);

3° Quand il y a eu prescription de l'action ou péremption d'instance, on reste lié naturellement (7);

4° La *constitution de dot* par le père ou la mère n'est que l'exécution d'une obligation naturelle (8);

5° La *minima capitis deminutio* éteint civilement certaines dettes, mais elles continuent à exister naturellement (9);

6° Avant l'époque d'Auguste, l'exécution des fidéicommis constituait pour l'héritier une obligation naturelle, qui devint civile quand

(1) F. 4, 34, *de doli mali exceptione*. D. 44, 4. = (2) F. 14, *de oblig. et act.* D. 44, 7. — F. 83, *de solut.* D. 46, 3. — F. 13, 64, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. = (3) F. 40, *de sc. Macedoniano*. D. 14, 6. = (4) F. 1, § 1, *de pecunia constituta*. D. 13, 5. — F. 2, *quæ res pignor.* D. 20, 3. — F. 40, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. — F. 19, *de novat.* D. 46, 2. = (5) F. 26, § 12, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. — F. 6, *de operis servor.* D. 7, 7. = (6) F. 28, 60, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. = (7) V. M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. V, p. 248 à 251. = (8) F. 32, § 2, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. — F. 46, § 2, *de jure dotium*. D. 23, 3. = (9) G. C. III, § 84.

on put agir devant les consuls ou les préteurs fidéicommissaires, pour faire respecter la volonté des défunts.

DEUXIÈME PARTIE.

MODALITÉS.

Jusqu'ici nous avons supposé que les conventions se présentaient avec leurs éléments essentiels et naturels, mais sans aucune complication; elles produisent alors l'obligation pure et simple. Mais il arrive souvent que des éléments accidentels peuvent être joints aux autres éléments, et on les désigne sous le nom de *modalités*; mot dont l'étymologie se trouve dans l'expression *modus*, manière d'être.

Classement des modalités.

On peut faire rentrer les modalités principales dans trois classes. La première, qui s'applique à l'exécution des obligations, comprend : 1° les obligations divisibles et indivisibles; 2° l'obligation corréale et *in solidum*; 3° l'obligation facultative et alternative; 4° les engagements avec la modalité du terme, *dies*.

La seconde classe des modalités affecte l'existence même du droit; elle comprend une série de faits indiqués par le mot *condition*.

Enfin, la troisième classe embrasse les éléments accidentels qui changent la nature et les effets ordinaires des conventions; c'est la théorie des *pacta adjecta*.

TITRE PREMIER.

Modalités portant sur l'exécution des obligations.

CHAPITRE PREMIER.

OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES.

Sommaire. — 1. *Notion de la divisibilité et de l'indivisibilité.* — 2. *Cas dans lesquels on applique cette notion.* — 3. *Rapports entre les créanciers, les débiteurs et leurs héritiers.* — 4. *Y a-t-il indivisibilité dans les cas de* dare, facere vel præstare?

Notions générales.

Toute obligation a un objet qui peut se formuler par un infinitif, et qu'on peut ramener positivement ou négativement à l'un des trois verbes que voici : 1° *dare vel non dare*; 2° *facere vel non facere*; 3° *præstare vel non præstare* (1).

Notion de l'obligation divisible.

Quand on arrive à l'exécution, deux hypothèses peuvent se présenter : 1° tantôt il est possible d'accomplir l'obligation d'une manière fractionnée, par portions, sans que la nature de l'obligation ou l'essence de l'objet à livrer soit aucunement altérée. M. Molitor dit avec beaucoup de justesse : « Diviser une chose, ce n'est pas

(1) G. C. IV, § 2.

« seulement la séparer en plusieurs parties distinctes, mais c'est « surtout faire des parties telles que chacune d'elles conserve *la « même qualité que le tout*, et qu'elles ne diffèrent entre elles et « avec le tout que de quantité, la qualité restant la même. »

Ainsi, quand on doit cent francs, on comprend très-bien qu'on puisse se libérer en cent payements distincts; on dit alors que l'obligation est *divisible*.

Notion de l'obligation indivisible.

2° Tantôt la nature même des choses rend impossible la supposition que nous venons de faire, on ne peut pas exécuter partiellement; il y a exécution totale ou absence complète d'exécution. Ainsi, une personne a un droit de passage, celui qui est obligé de la laisser passer ne peut pas exécuter partiellement; de deux choses l'une, où l'ayant-droit passera, ou il ne passera pas; on dit alors que l'obligation est *indivisible*.

Divisibilité et indivisibilité intellectuelles.

Mais les faits ne sont pas toujours aussi simples : à côté de la nature brute, il y a l'intelligence de l'homme, qui suppose souvent à la matière des qualités qu'elle n'a pas; ainsi, il y a des choses qu'on ne pourrait pas diviser matériellement sans les détruire, comme un cheval, un esclave, et cependant, on a admis la possibilité intellectuelle de les scinder. Dans le droit, on raisonne, on agit sur le quart d'un cheval, sur la moitié d'un esclave, etc., on regarde ces fractions comme pouvant être vendues ou hypothéquées; nous appellerons cette fiction la *divisibilité intellectuelle*.

Par contre, il y a des unités complexes, des choses composées de plusieurs parties, ayant chacune leur existence à part; ainsi, un quadrige, une armure : or, souvent, dans les actes juridiques, l'intelligence humaine réunit ces parties d'une manière inséparable, elle ne voit que l'ensemble. Quand on stipule une armure complète, on n'a pas en vue le casque, la cuirasse, etc., considérés séparément; l'intelligence perçoit un tout, une seule chose; une armure, nous appellerons cela l'*indivisibilité intellectuelle*.

Nous arrivons donc à cette première notion : l'obligation divisible est le lien de droit qui peut se fractionner matériellement ou intellectuellement dans son exécution.

L'obligation est indivisible, lorsque le lien de droit n'est pas susceptible de se fractionner matériellement ou intellectuellement dans son exécution.

Résultats auxquels mène cette distinction.

Nous devons rechercher maintenant les différents résultats auxquels mène cette division, dans la réalisation pratique des engagements; pour cela, il faudra toujours distinguer les circonstances dans lesquelles on arrive à l'exécution des obligations.

Distinction de l'exécution volontaire et de l'exécution forcée.

Tantôt les parties sont d'accord, nous dirons alors qu'il y a *exécution de gré à gré*; tantôt il y a discussion, le débiteur nie l'exis-

tence de l'obligation, ou bien il refuse de l'accomplir : alors la loi met à la disposition du créancier une série de moyens que nous réunissons sous cette expression, *exécution forcée.*

Cette alternative d'exécution volontaire ou forcée peut se présenter dans quatre hypothèses que nous allons examiner.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — RAPPORTS ENTRE LE CRÉANCIER ET LE DÉBITEUR.

A. *Exécution de gré à gré.*

1° Si l'obligation est divisible matériellement ou intellectuellement, le créancier peut consentir à une exécution fractionnée, sans changer la nature de la convention; il lui est permis de recevoir un franc sur dix mille, ou la moitié de l'esclave promis;

2° Dans le cas d'une indivisibilité intellectuelle, il en sera de même; le créancier d'une armure peut autoriser le débiteur à livrer d'abord la cuirasse, puis le glaive, etc.;

3° Quand l'indivisibilité est matérielle, on ne pourra pas agir ainsi; les parties sont forcées, ou bien de changer l'obligation, ou de l'exécuter pour le tout. Ainsi dans le cas d'un droit de passage.

B. *Exécution forcée.*

Ici il n'y a plus de différences entre les divers cas. Si la chose due existe encore, le débiteur poursuivi ne peut pas offrir une portion de la dette; tant qu'il ne paye pas la totalité, le créancier peut refuser de recevoir, et continuer ses poursuites; cette règle n'est soumise qu'à de rares exceptions. On la formule en disant : entre le créancier et le débiteur, toute dette est considérée comme si elle était indivisible (1); c'est-à-dire qu'elle doit être exécutée en une seule fois.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — RAPPORTS ENTRE LE CRÉANCIER ET PLUSIEURS HÉRITIERS DU DÉBITEUR.

A. *Exécution de gré à gré.*

1° Dans le cas de l'obligation divisible, matériellement ou intellectuellement, le créancier et les héritiers du débiteur peuvent convenir d'une exécution partielle;

2° Cette faculté existe également quand il y a indivisibilité intellectuelle;

3° Pour les obligations indivisibles matériellement, il faudra déterminer celui des héritiers qui exécutera en totalité : souvent, tous les héritiers du débiteur devront concourir à l'exécution; s'il

(1) V. art. 1220, Cod. Nap. Il y a exception à la règle dans le cas de cession de biens, ou quand on peut opposer le bénéfice de compétence.

s'agit, par exemple, de s'abstenir ou de laisser faire le créancier. Le lien juridique ne serait plus le même si l'un des héritiers pouvait empêcher ce que son auteur avait promis de laisser faire.

B. *Exécution forcée.*

Nous allons trouver ici des différences extrêmement graves entre les deux espèces d'obligations :

1° Obligation divisible, matériellement ou intellectuellement.

En vertu des principes du droit romain et du droit français, la dette se divise *ipso jure;* chacun des héritiers du débiteur ne peut être forcé à exécuter que proportionnément à ce qu'il prend dans le patrimoine du défunt; s'il succède pour un quart, on le poursuivra pour un quart de l'obligation (1);

2° Obligation indivisible matériellement ou intellectuellement.

Le créancier peut demander à chacun des héritiers l'exécution *totale* de l'obligation, sans se préoccuper de la part qu'il prend dans l'actif; alors, au lieu d'un débiteur, il y en a trois ou quatre, suivant le nombre des héritiers : mais celui des représentants du défunt qui a payé toute la dette a son recours contre ses cohéritiers; quand il s'agit d'une obligation de laisser faire, nous verrons que tous les héritiers répondent, dans une certaine limite, de la résistance apportée par quelques-uns d'entre eux à l'action du créancier.

La différence se fait donc sentir ici d'une manière énergique.

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — RAPPORTS DU DÉBITEUR AVEC PLUSIEURS HÉRITIERS DU CRÉANCIER.

A. *Exécution de gré à gré.*

1° L'obligation divisible matériellement ou intellectuellement peut être exécutée en remettant une partie de la chose due à chacun des héritiers du créancier; c'est là ce que suppose la loi des douze Tables, lorsqu'elle dit : « Nomina hereditaria inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto. »

2° Pour le cas de l'indivisibilité intellectuelle, l'exécution partielle est encore possible, si tous les héritiers du créancier y consentent.

3° S'il y a indivisibilité matérielle, il en est autrement; tous les héritiers doivent s'entendre pour savoir celui auquel on remettra la chose due, ou qui pourra exiger l'accomplissement de la dette, s'il s'agit d'un *facere* ou d'un *præstare*. Toutefois, si le débiteur a promis de s'abstenir ou de laisser faire, on comprend que, par une convention formelle, on le délie vis-à-vis de tel ou tel héritier; mais, on

(1) V. t. I, p. 410. — Cf. Cod. Nap., art. 1220 et 870.

peut dire alors qu'il y a une sorte de novation; ce n'est plus l'obligation telle qu'elle existait entre le défunt et le débiteur.

B. *Exécution forcée.*

1° Chacun des héritiers ne peut demander au débiteur qu'une part d'exécution, quand la dette est divisible matériellement ou intellectuellement; si la dette est de dix mille, et qu'il y ait cinq héritiers, chacun ne pourra venir demander que deux mille.

2° Pour la dette indivisible matériellement ou intellectuellement, les héritiers du créancier peuvent venir demander individuellement la totalité de la chose promise, ou l'exécution entière du fait. Mais le débiteur qui a payé à l'un n'est pas obligé de payer une seconde fois aux autres; puis, ordinairement, celui qui a reçu la totalité de la créance doit en tenir compte à ses cohéritiers et leur donner une sorte de soulte.

Quand le débiteur a promis de laisser faire, tous les créanciers du débiteur peuvent agir; ainsi, dans le cas d'une servitude de passage (1).

QUATRIÈME HYPOTHÈSE. — RAPPORTS DE PLUSIEURS HÉRITIERS DU DÉBITEUR AVEC PLUSIEURS HÉRITIERS DU CRÉANCIER.

A. *Exécution de gré à gré.*

1° Dans l'obligation divisible matériellement ou intellectuellement, la convention des parties établira la quotité que payera chaque débiteur, et que recevra chaque créancier.

2° Pour l'obligation indivisible intellectuellement, il est aussi possible d'arriver à l'exécution partielle, si tous les intéressés sont d'accord sur ce point.

3° Mais quand il y aura obligation indivisible matériellement, l'exécution partielle n'est plus possible; il faudra déterminer le débiteur qui exécutera en entier, et le créancier qui recevra le tout; sauf à établir ensuite, des deux côtés, des comptes particuliers pour fixer l'indemnité à payer aux cohéritiers qui n'ont rien reçu, ou par ceux des cohéritiers qui n'ont rien payé.

B. *Exécution forcée.*

1° Obligation divisible matériellement ou intellectuellement.

On rencontre ici un phénomène juridique fort remarquable. Du côté des créanciers comme du côté des débiteurs, l'obligation se scinde en autant de parts qu'il y a de personnes venant à la succes-

(1) Cf. Cod. Nap., art. 700.

sion, et chacune est tenue, ou peut agir proportionnément à ce qu'elle prend. Or, voici le résultat auquel on arrive :

Puisqu'on ne peut demander à chacun des héritiers du débiteur que sa part, s'il y a cinq appelés, on les poursuivra individuellement pour un cinquième; ainsi, la dette étant de cinquante mille sesterces, il y aura pour chaque successeur dix mille sesterces à payer.

Si, de son côté, le patrimoine du créancier passe à cinq héritiers, chacun d'eux n'a droit qu'au cinquième de la créance, et comme il a autant de débiteurs que l'obligé primitif a laissé de représentants, il ne peut demander à *primus*, par exemple, que deux mille sesterces, à *secundus*, autant, etc. : total, cinq procès pour se faire payer dix mille.

Tous les autres héritiers étant dans la même position, il pourrait arriver que, pour faire rentrer les cinquante mille sesterces dont nous parlons, on fût obligé d'avoir recours vingt-cinq fois à la justice.

On formule ce résultat en disant : chaque héritier du débiteur doit, dans la dette divisible, une part proportionnelle à ce qu'il prend dans l'hérédité, et chacun des héritiers du créancier ne peut le poursuivre dans cette limite, que pour une quotité correspondante à celle pour laquelle il représente lui-même le défunt. Ainsi, *primus*, débiteur, laisse huit fils : chacun doit un huitième de la dette; *secundus*, créancier, laisse deux fils : ils ne peuvent poursuivre chaque débiteur que pour la moitié d'un huitième (1).

Remarquons en outre que la divisibilité a pour effet de séparer la condition de chacun des héritiers : l'insolvabilité de l'un ne retombe aucunement sur les autres; c'est tant pis pour le créancier.

2° Obligation indivisible intellectuellement.

On peut forcer chacun des héritiers du débiteur à payer la totalité.

Ordinairement, la créance peut être exigée en entier par l'un ou l'autre des héritiers du créancier.

3° Quand il y a indivisibilité matérielle, tous les représentants doivent agir ou être poursuivis *in solidum*, puisque la division n'est pas possible.

Ces principes, envisagés d'une manière générale, ne présentent pas de difficultés; mais il en est autrement quand il s'agit de rechercher, en droit romain, les cas de divisibilité ou d'indivisibilité.

Nous allons nous livrer à cette étude dans trois sections distinctes.

(1) On peut arriver très-facilement à connaître la fraction que pourra demander chaque héritier du créancier à chaque héritier du débiteur; il suffit de multiplier l'un par l'autre les deux nombres indiquant les représentants, et de prendre le produit pour dénominateur de la fraction cherchée, en prenant un pour numérateur.

SECTION PREMIÈRE. — Y a-t-il des obligations de dare, divisibles et indivisibles, soit matériellement, soit intellectuellement ?

La réponse est affirmative sur tous les points.

Il y a divisibilité matérielle quand on a promis cent mille sesterces ou bien des objets *in genere*, comme quatre chevaux (1).

Quant à la divisibilité intellectuelle, on la retrouve dans divers textes. Ulpien suppose les deux cas dans le passage suivant : « Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis li- « beratur, et reliqua quinque sola in obligatione remanent : « item qui Stichum debet, *parte Stichi data*, in reliquam par- « tem tenetur (2). » Celui qui doit dix et qui paye une portion de la dette est libéré partiellement, et il n'y a plus obligation que pour les cinq qui restent dus; de même celui qui doit Stichus, et qui transfère la propriété d'une partie de cet esclave, reste tenu pour le surplus. Julien dit, dans un autre Fragment, que si le créancier de Stichus et de Pamphile meurt en laissant deux héritiers, « necesse est *utrique partem dimidiam* Stichi et Pamphili « deberi (3); » on devra à chacun d'eux la moitié de Stichus et de Pamphile.

Pour l'indivisibilité, on trouve également dans les textes l'application de notre distinction.

Paul suppose évidemment une indivisibilité intellectuelle quand il dit : « Quædam partis quidem dationem *natura* recipiunt, sed nisi « tota dantur, *stipulationi* satis non fit (4). » Il y a des choses qui, par leur nature, admettent une transmission partielle de propriété; mais il n'y a pas exécution du contrat si on ne les livre pas entièrement. Et il donne pour exemple le cas où l'on a stipulé *hominem generaliter*, un homme en général : si on me transfère la moitié, les deux tiers de la propriété d'un esclave, on n'a pas satisfait à l'obligation, il n'y a pas eu *hominem datum*. Il en serait de même pour une dette alternative. Du reste, comme l'indivisibilité est souvent le résultat d'une convention et d'une fiction, il n'est pas étonnant qu'on trouve des textes supposant, dans ce cas, des acceptilations ou des jugements pour partie (5), surtout à l'époque du système formulaire, où presque toutes les condamnations prononcées étaient évaluées en argent.

Pour l'indivisibilité matérielle, nous citerons les servitudes dont la *datio* se faisait par mancipation ou *cessio in jure*, suivant les cas : « Stipulationes non dividuntur, earum rerum quæ divisionem non

(1) F. 85, § 1. — F. 54, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (2) F. 9, § 1. — F. 34, *de solut.* D. 46, 3. = (3) F. 54, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (4) F. 2, § 1. — F. 85, § 4, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (5) F. 2, § 3, *de verbor. oblig.* D. 45, 1.

« recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, *cæterarumque* « servitutium. » On ne divise pas les stipulations s'appliquant à des choses indivisibles, comme la *via*, l'*iter*, l'*actus* et les autres servitudes (1). Dans ce cas, chaque héritier du créancier peut agir pour le tout, et chacun des héritiers du débiteur peut aussi être poursuivi comme s'il devait être seul : « Si fundus cui iter debetur plurium « sit, unicuique *in solidum* actio competit ... sed et si duorum fun- « dus sit, qui servit, adversus *unumquemque* poterit *ita* agi... quia « divisionem hæc res non recipit (2). » Si le fonds auquel on doit un *iter* appartient à plusieurs personnes, chacune d'elles agira pour le tout. Si le fonds servant appartient à deux propriétaires, on les poursuivra de la même manière, car la chose n'est pas divisible. On admettait dans le cas de servitude que la chose jugée contre l'un des propriétaires était jugée contre les autres, s'il n'y avait pas eu fraude de celui qui figurait dans le procès (3). Il faut remarquer, du reste, que lorsque l'obligation indivisible est transformée en somme d'argent par une condamnation *in id quod interest*, on applique les règles de la divisibilité. « Itaque de jure quidem ipso singuli expe- « rientur, et victoria et aliis proderit, æstimatio autem *ad quod ejus* « *interest* revocabitur. » Donc, chacun des intéressés agira à l'occasion du droit, et sa victoire profitera aux autres; mais l'estimation sera faite dans la condamnation suivant son intérêt individuel (4). Dans le cas d'indivisibilité matérielle, l'acceptilation pour partie n'est pas possible (5).

SECTION II. — Y a-t-il des obligations de facere vel præstare qui soient divisibles et indivisibles, matériellement ou intellectuellement?

En principe, l'obligation de faire est indivisible matériellement: « Idem puto, dit Ulpien, après avoir parlé des servitudes, et si quis « *faciendum* aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi, vel fossam « fodiri, vel insulam fabricari, *vel quid his simile;* horum enim di- « visio corrumpit stipulationem. » Je pense qu'il en est de même quand on a stipulé un fait à accomplir, ainsi livrer un fonds, creuser un fossé, bâtir une maison, ou toute autre chose de même nature, car l'exécution partielle est tout à fait en dehors de la stipulation; mais ici encore, s'il y a inexécution, les dommages et intérêts se divisent entre les créanciers et les débiteurs (6).

Si l'un des héritiers a seul accompli l'obligation de faire, il a un recours en indemnité contre les autres débiteurs par l'action *familiæ erciscundæ* (7).

(1) F. 72, 85, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (2) F, 4, § 3-4, *si servitus vindicetur.* D. 8, 5. = (3) F. 19, *si servitus.* D. 8, 5. = (4) F. 4, § 3, *si servitus.* D. 8, 5. = (5) F. 13, § 1, *de accept.* D. 46, 4. = (6) F. 4, § 1 – F. 72, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (7) F. 44, § 8, *familiæ ercisc.* D. 10, 2.

Il faut également placer parmi les obligations indivisibles de la même classe celle du commodataire qui doit rendre la chose prêtée. S'il y a plusieurs héritiers de l'emprunteur, on agira pour le tout contre celui qui a la chose dans son lot; de même pour la restitution du dépôt ou du gage (1).

Ici encore l'intelligence humaine est venue faire des divisibilités, « utilitatis aut æquitatis causa. » S'il s'agissait d'un même travail à renouveler plusieurs fois de suite, rien n'empêchait les divers héritiers de venir l'accomplir les uns après les autres; car alors, dit le jurisconsulte, la division ne porte pas *in partes operarum*, mais seulement *in numerum* (2).

Enfin dans les cas de garantie pour cause d'éviction, on disait qu'il y avait indivisibilité dans la poursuite, mais division de jugement pour les dommages et intérêts : « Omnes heredes auctoris in « *solidum* denunciandi sunt, omnesque debent subsistere, et quo- « libet defugiente omnes tenebuntur; sed unicuique pro parte he- « reditaria præstatio injungitur (3). » Il faut dénoncer l'éviction pour le tout à chacun des héritiers du garant; si l'un d'eux fuit, les autres sont responsables; mais dans la condamnation, chacun ne sera tenu de payer que proportionnément à sa part héréditaire. Paul disait, en parlant des obligations de ce genre : « Aliud est quod soli- « dum petendum est, licet in solutionem admittat secutionem. » C'est là une indivisibilité d'une nature toute particulière, et qui n'existe pas du côté des héritiers du créancier; chacun d'eux ne peut agir en garantie que pour sa part héréditaire (4).

SECTION III. — Y a-t-il des obligations non dandi, non faciendi, non præstandi, c'est-à-dire des obligations de s'abstenir qui soient divisibles ou indivisibles

Par la nature même des choses, il faut évidemment répondre que ce genre d'obligations est tout à fait indivisible. Mais la difficulté peut se présenter quand la personne engagée meurt laissant plusieurs héritiers, dont les uns s'abstiennent tandis que les autres agissent; de même, quand le créancier laisse plusieurs représentants, dont les uns usent paisiblement du droit, pendant que les autres sont troublés.

Tantôt on admettait ici une certaine divisibilité intellectuelle, et tantôt au contraire on la repoussait. Supposons une personne qui a stipulé qu'elle pourrait passer, *ire per fundum*; elle meurt, et son droit est transmis à trois héritiers. Parmi eux deux passent librement, le troisième en est empêché. Les Romains avaient alors distingué le cas où la stipulation avait ou n'avait pas été accompagnée

(1) F. 3, § 3, *commodati*. D. 13, 6. = (2) F. 54, § 1, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (3) F. 85, 5, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (4) F. 4, § 2, *de verbor. oblig.* D. 45, 1.

d'une clause pénale; en l'absence de la clause, on disait : « Pro « parte ejus tantum qui prohibitus est, committetur stipulatio, » parce que les autres n'ont aucun intérêt à agir; si la clause pénale existe, tous ont intérêt, donc ils agiront tous : « Nam pœna subjecta « efficit ut omnibus committatur. » Mais, ajoute Paul, si ceux dont on a respecté le droit demandent le payement de l'indemnité, on les repoussera par l'exception de dol (1).

Supposons maintenant qu'il y ait plusieurs héritiers du promettant; les uns laissent passer, les autres s'y opposent : tous seront tenus de payer des dommages et intérêts proportionnément à leurs droits héréditaires, sauf à recourir contre les auteurs du trouble par l'action *familiæ erciscundæ*. Le fait d'un seul oblige tous les autres : « Verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri (2). » Paul rapporte que Caton distinguait cependant des cas où l'obligation de ne pas faire pouvait être considérée comme intellectuellement divisible; par exemple, la stipulation *amplius non agi*, de ne plus agir en justice. Si un seul des héritiers faisait la *vocatio in jus*, les autres n'étaient pas responsables; de même, quand on avait stipulé : « Titium heredemque ejus ratum habiturum (3). »

CHAPITRE II.

OBLIGATION CORRÉALE ET IN SOLIDUM.

Sommaire. — 1. *Quand y a-t-il corréalité?* — 2. *Quelles sont ses sources?* — 3. *Ses effets vis-à-vis des créanciers et vis-à-vis des débiteurs.* — 4. *Différences entre les obligations corréales et indivisibles.* — 5. *De l'obligation* in solidum; *ses sources et ses effets.*

Quand une obligation naît, il peut exister entre les parties, en dehors de l'indivisibilité, des rapports de connexion qui sont tout à fait accidentels; ainsi on peut rencontrer 1° un seul créancier et plusieurs débiteurs de la même chose, 2° plusieurs créanciers et un seul débiteur, 3° plusieurs débiteurs et plusieurs créanciers.

Quels seront les effets ordinaires de cette réunion? Quand la dette est divisible, nous savons que, s'il y a plusieurs débiteurs, chacun ne devra que sa part virile; et s'il y a doute, on interprète toujours la convention dans ce sens (4) : « Quia non fuerat adjectum *singulos* « *in solidum* spopondisse. » Il en est de même s'il y a condamnation prononcée contre plusieurs débiteurs; on dit alors : « Damnatio « partes facit. » Chacun des condamnés sera poursuivi pour sa part virile (5).

(1) F. 2, § 4, 6, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (2) F. 2, § 5. — F. 4, § 1. — F. 85, § 3, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (3) F. 4. § 1, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (4) F. 11, § 2, *de duobus reis.* D. 45, 2. = (5) F. 43, *de re judicata.* D. 42, 1. — L. 1, Cod., *si plures unam*, 7, 54. — F. Vatic., § 85.

Mais cette règle générale peut être modifiée par une double modalité, soit du côté des créanciers, soit du côté des débiteurs. Tantôt chacun des créanciers pourra demander seul la totalité de la chose, tantôt chacun des débiteurs pourra être poursuivi seul pour la dette entière; ce résultat a lieu dans deux cas distincts, qu'on indique en disant : 1° l'obligation est corréale; 2° l'obligation est *in solidum.*

SECTION PREMIÈRE. — De l'obligation corréale.

Notion de la corréalité. Vocabulaire suivi.

Le nom de cette modalité vient de ce qu'en droit romain tout individu qui agissait était désigné par le mot *reus*, auteur, celui qui fait un acte. Le stipulant était donc appelé *reus stipulandi*, et le promettant, *reus promittendi.* Quand il y avait plusieurs sujets du droit ou de l'obligation, on disait: « Duo vel plures rei promittendi vel « credendi (1). » Ulpien s'est servi dans un seul texte du mot *correus* pour indiquer cette idée (2); dans la pratique on a suivi ce vocabulaire, et dit, en parlant des coobligés ou des costipulants, *correi promittendi vel stipulandi.* C'est pour cela que les commentateurs désignent l'obligation ainsi créée par le nom d'obligation corréale. Mais ce n'est pas le langage des jurisconsultes romains, ils se servent ordinairement des mots *obligatio in solidum*, expression qui sert, il est vrai, à désigner quelquefois l'obligation corréale, mais qui est cependant peu sûre, car on l'emploie également, soit pour indiquer l'indivisibilité, soit pour exprimer que l'héritier est tenu au delà de ce qu'il y a dans la succession, soit pour dire que le père doit payer les dettes du fils ou de l'esclave sans pouvoir faire l'abandon noxal, etc., etc. Enfin nous verrons qu'il y a une classe toute particulière d'obligations, auxquelles la doctrine a donné le nom d'obligations *in solidum.*

Caractères de la corréalité.

On reconnaît la corréalité aux trois caractères que voici : 1° « plures « personæ, una obligatio, » plusieurs parties, une seule obligation; 2° « uno ex creditoribus accipiente solvitur obligatio, » le payement fait à l'un des créanciers éteint l'obligation; 3° « uno ex debitoribus « solvente, cæteri liberantur, » le payement effectué par l'un des débiteurs libère tous les autres.

Toutefois il faut bien prendre garde à ne pas trop généraliser chacun de ces principes, il y a certaines obligations dans lesquelles on les retrouve séparément sans qu'il y ait pour cela obligation corréale; c'est ainsi qu'il faut se garder de confondre la société avec la corréalité (3).

(1) F. 31, *de receptis qui arbitrium.* D. 4, 8. — (2) F. 3, § 3, *de liberat. legata.* D. 34, 3. — (3) Arg. L. 12, Cod., *si certum*, 4, 1.

A. ***Quelles sont les sources de l'obligation corréale?***

L'acte qui sert le plus ordinairement de base à la corréalité, c'est la stipulation.

C'est la stipulation. Comment il faut la faire.

Pr. Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, *si post omnium interrogationem* promissor respondeat: *Spondeo*. Ut puta cum, duobus separatim stipulantibus, ita promissor respondeat, *utrique vestrum dare spondeo;* nam, si prius Titio spoponderit, deinde, alio interrogante, spondeat, *alia atque alia* erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: *Mævi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?* si respondeant singuli separatim: *Spondeo.*

Instit., liv. III, tit. XVI.

Il peut y avoir plusieurs costipulants et plusieurs copromettants. Il y aura des *correi stipulandi* si le promettant répond après toutes les interrogations: « Je le promets. » Par exemple, si à l'interrogation faite séparément par deux personnes, le promettant répond : « Je promets à chacun de vous; » s'il avait d'abord répondu à Titius, et ensuite à l'interrogation d'une autre personne, il y aurait *deux* obligations distinctes, et les créanciers ne seraient pas *correi stipulandi*. Il y a deux ou plusieurs *correi promittendi* dans l'exemple que voici: « Mævius, promets-tu de me donner cinq pièces d'or; Séius, promets-tu de me donner les mêmes cinq pièces d'or? » Et s'ils ont répondu chacun séparément : « Je le promets. »

Il faut bien remarquer le mécanisme nécessaire pour faire naître la corréalité. Veut-on avoir des *correi stipulandi*, toutes les interrogations doivent être faites *avant* la réponse des débiteurs. S'il y avait des interrogations et des réponses séparées, il y aurait autant de créances distinctes, et on ne pourrait plus dire : « Una soluta alteri liberantur. » *Pour les correi stipulandi.*

De même, si on veut avoir des *correi debendi*, il faut encore que toutes les interrogations précèdent la réponse : le texte des Institutes en donne un exemple pour le cas de Mævius et de Séius. *Pour les correi debendi.*

Il ne fallait pas mettre un trop long intervalle entre les diverses interrogations; ainsi on n'admettait pas qu'il y eût *correi promittendi*, quand on avait fait les interrogations à des jours différents. « Si ex duobus qui promissuri sint, hodie alter, alter postera die « responderit, non esse duos reos, » dit Vénuléius. Julien admet également qu'il ne doit y avoir entre les deux interrogations que *modicum intervallum temporis... nec longum spatium* (1).

Il n'y avait pas de paroles sacramentelles pour faire naître la corréalité, mais il fallait cependant indiquer qu'il s'agissait de la même dette. Dans sa novelle XCXIX, chap. I, Justinien impose au créancier la nécessité d'énoncer formellement dans la stipulation que les divers promettants sont tenus corréalement, sans cela il ne peut agir contre chacun d'eux que pour leur part virile. *Il faut indiquer la volonté de faire naître la corréalité.*

Du reste, les modalités sous lesquelles les divers intéressés stipulent ou promettent peuvent être différentes :

(1) F. 6, § 3. — F. 12, *de duobus reis*. D. 45, 2.

§ 2. Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari potest; nec impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.

Quand il y a deux *correi promittendi*, l'un peut être obligé purement, et l'autre à terme ou sous condition ; le terme ou la condition n'empêcheront pas de demander le payement à celui qui est engagé purement.

La corréalité peut naître des autres contrats.

Mais l'obligation peut-elle naître des trois autres classes de contrats?

Quid pour le contrat litteris?

Pour le contrat littéral, la réponse doit être affirmative, suivant nous; ainsi, quand deux Romains mentionnaient sur leurs *codices* qu'un tiers leur devait la même chose, à la suite de la même convention, ils étaient *correi credendi*. De même, si un citoyen mentionnait sur son *codex* que deux ou plusieurs personnes étaient ses débitrices pour une seule et même dette, il y avait là des *correi debendi*.

Nous n'avons point de texte formel sur ce point dans le *Corpus juris*, parce qu'à l'époque de Justinien, on ne connaît plus l'ancienne obligation littérale. Du temps des jurisconsultes classiques, il n'y avait même plus que les *argentarii* qui tinssent des livres portant mention des dettes et des créances; aussi Paul dit-il, en parlant d'un cas de corréalité: « Plures sunt rei stipulandi, *vel plures argen-« tarii*, quorum nomina simul facta sunt, *unius loco* numerabuntur, « quia unum debitum est (1). »

Dans les contrats re et consensu.

Il faut également admettre la possibilité de faire figurer la corréalité dans les contrats *re* et dans les contrats *consensu*.

Pour ceux qui restent dans la classe des contrats de bonne foi, il n'y a pas de difficulté possible, puisque le « pactum adjectum incon-« tinenti dat legem contractui; » aussi en trouvons-nous de nombreux exemples dans les textes. Papinien énumère le dépôt, le commodat, la vente, le louage, etc.; car, suivant lui, on peut faire naître la corréalité : « Non tantum verbis stipulationis, sed *et cæteris « contractibus* (2). » Ce que nous disons de la dette est également vrai de la créance corréale. Ulpien le suppose dans le cas du dépôt. « Si « duo sic deposuerunt ut *vel unus* tollat totum, poterit in solidum « agere (3). » Du reste, la corréalité existe bien plus rarement du côté des créanciers que du côté des débiteurs.

Même quand l'action est stricti juris.

Pour les contrats de droit strict, la corréalité peut aussi résulter du simple consentement des parties; ici il n'y a pas un pacte adjoint, *quod augeat obligationem*, elle reste la même, il y a seulement un accident, un élément de plus ; de même que les parties peuvent par leur simple volonté joindre à la dette un terme ou une condition, de même elles peuvent y joindre la corréalité. C'est le principe énoncé par Ulpien pour le *mutuum* : « Omnia quæ inseri stipulationibus

(1) F. 9, *de pactis*. D. 2, 14. — Add. F. 31, pr., *de receptis*. D. 4, 8. = (2) F. 9, *de duobus reis*. D. 45, 2. = (3) F. 1, § 4, *depositi*. D. 16, 3.

« possunt, etiam numerationi pecuniæ; et ideo et conditiones (1). » Toutes les clauses qui peuvent figurer dans les stipulation peuvent être jointes au *mutuum*, par exemple, les conditions. Nous devons toutefois reconnaître que cette dernière solution n'est pas admise par tout le monde.

Le testament peut faire naître la corréalité pour les héritiers débiteurs.

En dehors des contrats, la corréalité peut venir du testament; rien n'interdit au défunt de déclarer qu'il y aura pour les héritiers une dette réunissant tous les caractères de la dette corréale. Les textes sont formels sur ce point. Pomponius dit dans un de ces cas, en parlant des héritiers : « Quasi *si duo rei promittendi* in solidum « obligati fuissent. » Paul est aussi explicite : « Nam ut stipulando « duo rei constitui possunt, ita et *testamento* potest id fieri (2). »

Le juge peut aussi le faire.

Enfin, le juge peut déclarer formellement dans la sentence que les parties condamnées seront tenues *singulæ in solidum* (3).

B. ***Conditions nécessaires à l'existence de la corréalité.***

Il faut mentionner la corréalité.

Il faut dans les stipulations une convention expresse, et dans les autres cas une mention formelle; on n'admet pas la corréalité par interprétation (4). Comme les divers engagés sont en quelque sorte fidéjusseurs les uns des autres, l'objet promis par tous doit être le même (5).

C. ***Effets de la corréalité.***

Il faut examiner les effets de la corréalité du côté des créanciers et du côté des débiteurs.

§ 1. Ex hujusmodi obligationibus *et stipulantibus solidum singulis* debetur *et promittentes singuli in solidum* tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur; et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, et omnes liberat.

Dans les engagements de cette sorte, chacun des créanciers peut demander la totalité de la dette, et chacun des promettants est tenu pour le tout. Mais, dans les deux cas, il n'y a qu'une dette; si l'un des créanciers reçoit le payement, si l'un des débiteurs paye, il y a extinction de toute la dette et libération de tous les engagés.

1° Du côté des créanciers :

Chaque créancier peut agir pour le tout.

Quand il y a plusieurs créanciers, chacun d'eux peut aller poursuivre le débiteur pour la totalité; cependant rien ne s'oppose à ce qu'il divise son action, surtout s'il y a plusieurs coobligés : « Et « partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est (6). »

La *solutio* libère tous les engagés.

Comme il y a une seule obligation, il faut admettre que la libération résultant de la *solutio* libère tous les engagés, quand même la chose due n'a été livrée qu'à l'un des créanciers; c'est ce que porte formellement le texte des Institutes.

(1) F. 7, *de rebus creditis*. D. 12, 1.—Add. l. 9, Cod., *si certum petatur*, 4, 2. = (2) F. 9, *de duobus reis*. D. 45, 2.— F. 8, § 1, *de legat.*, 1°. D. 30. F. 16, *de legat.*, 2°. D. 31. = (3) L. 1, Cod., *si plures una sententia*, 7, 55. = (4) F. 11, pr., § 1-2, *de duobus reis*. D. 45, 2. = (5) F. 15, *de duobus reis*. D. 45, 2. = (6) F. 3, § 1, *de duobus reis*. D. 45, 2. — L. 2, Cod., *de duobus reis*, 8, 40.

Mais il y a quelquefois plus de difficultés pour les autres modes d'extinction des obligations.

Quid pour la novation, le constitut, l'acceptilation?

On admet que l'un des *correi credendi* peut éteindre entièrement la dette par la novation, si telle a été son intention (1). Pour le constitut fait par le débiteur à l'un des créanciers, on admettait autrefois qu'il fallait le considérer comme éteignant la dette, mais on revint ensuite sur cette opinion (2). L'acceptilation qui intervenait entre l'un des créanciers et le débiteur opérait une libération complète : « Ex pluribus reis stipulandi si unus acceptum fecerit, libe-« ratio contingit in solidum (3). » Ce résultat pouvait être très-dur pour les autres intéressés, mais ils savaient qu'ils y étaient exposés.

Quid du pacte ne petatur, in rem et in personam?

Si au lieu de faire une acceptilation, il y a eu seulement pacte de *non petendo*, il en est tout autrement. Le pacte, soit *in rem*, soit *in personam*, n'a d'effets que pour ceux qui l'ont fait; l'acte de l'un des créanciers ne nuit pas aux autres. Nératius, Atilicinus, Proculus, disaient : « Nec si *in rem* pactus sit, alteri nocere (4). » Il faut assimiler la transaction au pacte.

Jugement rendu pour ou contre l'un des correi.

Quand l'un des *correi* agissait en justice, tout était terminé par la décision qui intervenait, et les autres ne pouvaient pas agir de nouveau, soit à cause de la novation opérée par la *litis contestatio* dans les *judicia legitima*, soit par suite de l'exception *rei judicatæ* ou *rei deductæ in judicio* pour les autres procédures (5).

Serment déféré par l'un des correi.

Il y avait, enfin, une distinction à faire pour le serment décisoire, déféré par l'une des parties pendant le procès. Si le *correus credendi* demandeur a déféré le serment au débiteur, et que celui-ci ait juré *se non debere*, la dette est éteinte, « quia jusjurandum etiam loco « solutionis cedit; » les autres créanciers ne peuvent plus agir (6). « In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum etiam « alteri nocebit. » Au contraire, si le serment a été déféré par le débiteur et prêté par un créancier, *correus credendi*, ce fait lui est personnel, et les autres créanciers peuvent encore agir. De même, les autres débiteurs n'en souffriront pas.

Le *correus stipulandi* qui avait reçu le payement de toute la dette n'était obligé d'en tenir compte aux autres que s'il y avait société entre eux; sinon, il gardait toute la somme (7).

2° Du côté des débiteurs :

Cas où l'un des débiteurs a payé. Distinction des correi socii et non socii.

Chaque débiteur est tenu de payer la totalité de la dette; celui qui a fait la *solutio* ne peut recourir contre les autres pour obtenir

(1) F. 31, § 1, *de novat.* D. 46, 2. Cela était cependant discuté. — V. F. 27, *de pactis.* D. 2, 14. = (2) F. 9, 10, 18, § 3, *de pecunia constituta.* D. 13, 5. — F. 15, *de in rem verso.* D. 15, 3. = (3) F. 13, § 1, *de acceptilatione*. D. 46, 4. = (4) F. 27, *de pactis.* D. 2, 14. = (5) F. 2, *de duobus.* D. 46, 2. — F. 7, § 1, *de except.* D. 44, 1. = (6) F. 27, 28, pr., § 1, 3, *de jurejurando.* D. 12, 2. = (7) V. F. 62, *ad leg. Falcidiam.* D. 35, 2.

une indemnité que s'il y a eu société ou mandat, comme dans le cas de *sponsio* ou de *fidejussio* (1).

S'il y avait société entre les *correi debendi*, chacun d'eux pouvait invoquer le pacte *in rem*, ou la transaction venant des autres coobligés; il en était de même pour la compensation. Si la société n'existait pas, chacun de ces actes ne pouvait avoir qu'un effet relatif (2).

Quant au serment, puisqu'il équivaut au payement, il pourra être invoqué en faveur de tous les débiteurs, quand il aura été déféré à l'un d'eux; il faut aussi leur permettre d'opposer l'exception *rei judicatæ* ou *deductæ in judicio*, du chef les uns des autres : « Quia « una res vertitur (3). » Quelques auteurs ont agité la question de savoir si les *correi debendi* pouvaient opposer le bénéfice de division depuis la promulgation de l'*Epistola Hadriani*. MM. de Savigny et Vangerow ne pensent pas qu'on eût étendu ce bénéfice aux *correi debendi*, comme on l'avait fait successivement pour les tuteurs, les magistrats, le constitut, etc., mais d'après la novelle XCIX, chap. XXXI, on devait mettre en cause tous les débiteurs présents, et prononcer contre eux un jugement commun; or, comme la condamnation doit être exécutée partiellement, *damnatio partes facit*, on arrive à des résultats analogues à ceux de la division (4).

Ils n'ont pas le bénéfice de division.

La *mora* et le *factum* de l'un des *correi* nuisent-ils aux autres débiteurs?

On se demande enfin si la *mora* ou le *factum* de l'un des *correi debendi* doit retomber sur les autres.

Il y a au Digeste trois textes qui donnent la solution de la question.

« Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, *alterius factum alteri quoque nocet*. » Quand il y a deux débiteurs corréaux, qui ont promis le même esclave Stichus, le fait de l'un nuit à l'autre (5).

« Si duo rei promittendi sint, alterius *mora alteri non nocet*. » S'il y a deux débiteurs *correi*, la demeure de l'un ne nuit pas aux autres (6).

« *Unicuique sua mora nocet*, quod et duobus reis promittendi « observatur ; » chacun doit subir exclusivement les conséquences de sa mise en demeure, et cela est également applicable aux *correi debendi* (7). Les commentateurs ont voulu voir une antinomie entre ces diverses dispositions; mais aujourd'hui on suit généralement l'avis de Cujas, qui propose de distinguer le fait actif, comme la destruction de la chose promise, du fait négatif, qui consiste à se laisser

(1) F. 2, *de duobus*. D. 45, 2.—F. 62, *ad leg. Falcidiam*. D. 35, 2. = (2) F. 10, *de duobus*. D. 45, 2. — F. 23, 25, 26, *de pactis*. D. 2, 14. = (3) F. 28, § 3, *de jurejurando*. D. 12, 2. — Arg. F. 7, § 1, *de except*. D. 44. 1. = (4) Cf. Vangerow, note 4 sur l'obligation corréale (Cours de Pandectes, t. III. p. 80.) = (5) F. 18, *de duobus reis*. D. 45, 2. = (6) F. 32, § 4, *de usuris*. D 22, 1. = (7) F. 173, § 2, *de regulis juris*. D. 50, 17.

mettre en demeure. Les divers débiteurs répondent du premier, surtout quand il y a une clause pénale; ils sont censés s'être portés garants de la bonne foi et de la vigilance les uns des autres. La *mora*, au contraire, est un acte tout personnel, on ne pense pas que les contractants aient voulu répondre de l'exactitude des coobligés; cela est d'autant plus probable qu'on peut très-bien prendre certaines mesures de précaution empêchant le fait d'autrui, mais on ne voit pas comment on pourrait arriver à éviter qu'un débiteur se laissât mettre en demeure (1). M. de Savigny adopte aussi l'opinion de Cujas.

D. ***Différences entre l'obligation corréale et l'obligation indivisible.***

De ce que, dans l'obligation corréale, chacun des débiteurs peut être poursuivi pour le tout, et que chacun des créanciers a le droit de demander en entier la chose due, on pourrait arriver, quelquefois, à confondre cette modalité avec l'indivisibilité; il y a cependant, entre ces deux cas, des différences nombreuses, dont voici quelques exemples :

1° L'obligation indivisible garde son caractère vis-à-vis des héritiers des parties; l'obligation corréale, au contraire, se divise dans les successions, de manière, cependant, à ce qu'en réunissant les sommes payées par les divers héritiers, on arrive au total de la dette; il faut, en effet, que le créancier reçoive des représentants une somme égale à celle qu'il aurait pu demander au représenté (2);

2° L'un des créanciers de la dette indivisible ne peut pas faire seul l'acceptilation; ce droit appartient à l'un des *correi credendi* (3);

3° Le créancier *correus* peut, si bon lui semble, diviser son action; cela n'est pas possible pour la dette indivisible matériellement;

4° Dans le cas de dette indivisible, celui qui a payé ou qui a reçu le tout établit un compte en recours ou en indemnité avec les autres coobligés; dans la dette corréale, cela n'a lieu que si le contrat de société est joint à la modalité (4);

5° Si on change l'objet d'une dette indivisible en une somme d'argent, chaque créancier ne peut plus agir que pour sa part; pour les *correi*, le changement d'objet n'enlève pas nécessairement à l'action son caractère d'unité (5);

6° Les modalités peuvent être différentes dans le cas de dette cor-

(1) V. Vinnius, *Selectæ Quæstiones*, pars I, n° 6. = (2) F. 49, § 1, *de fidejussor.* D. 46, 1. — F. 9, *de condict. furtiva.* D. 13, 1. = (3) F. 12, § 1, 12, *de acceptil.* D. 46, 4. = (4) F. 25, § 9-10, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. — F. 2, § 2, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (5) F. 4, § 3, *si servitus.* D. 8, 5. — F. 4, § 1, *de verbor. oblig.* D. 45, 1.

réale; cela n'est pas possible dans le cas de dette seulement indivisible, puisque les divers débiteurs représentent une seule personne, celle de l'auteur du contrat. En résumé, la corréalité produit pour le créancier l'avantage de pouvoir agir seul *in solidum*, et d'éviter les ennuis de plusieurs procès, quand il y a plusieurs débiteurs; mais, par contre, elle offre des inconvénients pratiques : 1° l'action intentée imprudemment contre l'un des débiteurs est éteinte vis-à-vis des autres; 2° un créancier peut faire disparaître la créance en faisant acceptilation malgré les autres; 3° chaque débiteur peut être tenu de payer toute la dette sans recours contre les autres, s'ils ne sont pas *socii*; 4° dans la même hypothèse, le créancier qui a reçu le payement garde toute la somme sans être tenu d'en faire profiter les *correi*.

SECTION III. — De l'obligation in solidum.

On confond souvent l'obligation *in solidum* avec l'obligation corréale, parce que le créancier peut encore ici poursuivre chacun des débiteurs pour le tout, et parce que le payement opéré par l'un des obligés libère les autres; cependant il y a des différences bien marquées entre ces deux institutions juridiques : En quoi l'obligation *in solidum* diffère de l'obligation corréale.

1° Comme nature, l'obligation *in solidum* n'existe que du côté des débiteurs et non du côté des créanciers; c'est ce qui lui a fait donner quelquefois le nom d'obligation indivisible *solutione*;

2° Il n'y a pas seulement *una obligatio*, il y a autant de liens distincts que de parties engagées; mais l'équité ne veut pas que le créancier payé une fois par l'un des débiteurs vienne se faire payer une seconde fois par les autres. On peut dire qu'il y a une créance, mais plusieurs dettes, en quelque sorte alternatives; le créancier poursuit celui des débiteurs qu'il veut; Il y a une créance mais plusieurs dettes.

3° Comme sources, l'obligation *in solidum* vient ou de la loi, ou d'une convention supposée; enfin, elle a toujours pour point de départ un fait illicite, ou du moins une négligence, imputable aux débiteurs.

A. *Actes faisant naître l'obligation in solidum.*

Il faut d'abord mentionner certains contrats dans lesquels il y a plusieurs débiteurs tenus chacun pour le tout de la restitution, ou du manque de soins, pour les choses confiées.

Ainsi, plusieurs personnes ont reçu un objet en commodat, ou bien elles le détiennent à la suite d'un louage; il y a perte entre leurs mains par suite d'un défaut de soins : chacun des débiteurs pourra être actionné *in solidum*, pour avoir à réparer le dommage occasionné au propriétaire; mais si celui qu'on poursuit n'est pas le Dans le commodat.

vrai coupable, il peut exiger qu'on lui cède les actions contre celui auquel on peut reprocher son fait ou sa négligence (1).

Dans le dépôt

Dans le dépôt, la règle est la même, on agit contre tous les dépositaires *in solidum* (2). S'il y a plusieurs mandataires, ils doivent aussi rendre compte pour le tout de la mission qui leur a été confiée (3).

Cas d'obligations quasi ex contractu.

Nous retrouvons l'obligation *in solidum* dans quelques-uns des actes qui font naître des obligations *quasi ex contractu*. Ainsi, les tuteurs peuvent être poursuivis chacun *in solidum*, cependant on divise l'action s'ils sont tous solvables (4). Pour la gestion d'affaires accomplie par plusieurs gérants, nous appliquerions la règle du mandat.

Ex delicto.

Enfin, pour les obligations *ex delicto* et *quasi ex delicto*, les coauteurs sont tous tenus *in solidum*, cela est formellement établi par les textes (5).

B. *Effets de l'obligation in solidum.*

On peut poursuivre tous les débiteurs les uns après les autres.

En principe, le créancier peut poursuivre chacun des débiteurs pour le tout; et si celui contre lequel on agit ne paye pas, on recourra contre les autres : car dans ce cas, disent les jurisconsultes, « cæteri liberantur perceptione, non litis contestatione (6). » Ce qui établit une différence grave entre l'obligation corréale et l'obligation *in solidum*; ceci s'explique, du reste, par le principe qu'il y a plusieurs obligations distinctes.

Le débiteur poursuivi pour le tout pouvait exiger qu'on lui cédât les actions contre les autres, à moins qu'il ne fût coupable de dol, car alors la cession était refusée (7).

Une autre conséquence de la diversité des obligations se trouve dans ce principe, que s'il n'y a pas *solutio* effective, on peut continuer à poursuivre les débiteurs malgré l'acceptilation, le pacte de *non petendo*, la transaction, qui seraient intervenus avec l'un d'entre eux (8).

Ainsi, en résumé, nous pensons qu'il faut distinguer deux séries de cas dans lesquels on est tenu pour le tout, solidairement, comme on dirait en droit français. Dans la première hypothèse, il y a une

(1) F. 5, § 15. — F. 7, § 1, *commodati*. F. 13, 6. = (2) V. F. 1, § 43. F. 9, 22, *depositi*. D. 16, 3. = (3) F. 60, § 2, *mandati*, 17, 1. = (4) F. 55, *de administrat.* D. 26, 7, — F. 1, § 10, *de tutelæ et rationib.* D. 27, 3 — V. t. 1, p. 190. = (5) Pour le vol, l. 1, Cod., *de condict. furtiva*, 4, 8. — Pour la violence, F. 14, § 15. — F. 15, *quod metus causa*. D. 4, 2. — Pour la loi Aquilia. F. 11, § 2, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. — Pour le cas de l'*effusum*. F. 1, § 10. — F. 2, 3, *de his qui effuderint*. D. 9 3 = (6) F. 2, 3, *de his qui effuderint*. D. 9, 3. — F. 1, § 43, *depositi*. D. 16, 3. = (7) F. 7, § 1, *commod.* D. 13, 6. — F. 16, *depositi*. D. 16, 3. — F. 17, *locati*. D. 19, 2. — F. 38, § 1-2, *de administrat.* D. 26, 7. = (8) F. 4, *de his qui effuderint*. D. 9, 3.—F. 1, § 43, *depositi*. D. 16, 3. — F. 7, § 4, *quod falso tutore*. D. 27, 6. — F. 3, *si mensor falsum*. D. 11, 6.

obligation dont l'accomplissement peut être demandé *in solidum* à chaque débiteur ; mais du moment que par un fait quelconque cette obligation est éteinte pour l'un, elle est éteinte pour tous les autres ; l'obligation corréale présente de plus ce caractère, qu'elle vient toujours d'un acte licite. Dans la seconde hypothèse, il y a un fait plus ou moins illicite, imputable à plusieurs personnes qui sont toutes tenues de réparer le dommage occasionné, et qu'on peut aussi poursuivre *in solidum* ; mais là, il y a plusieurs obligations distinctes ; toutefois, le payement effectué par un des débiteurs empêche le créancier de poursuivre les autres, l'équité ne voulant pas qu'il reçoive plusieurs indemnités pour le même dommage ; seulement celui qui a payé viendra demander aux autres de lui rembourser leur part dans la somme payée (1).

CHAPITRE III.

OBLIGATION FACULTATIVE ET ALTERNATIVE.

Sommaire. — 1. *Caractère de l'obligation facultative.* — 2. *Caractère de l'obligation alternative.* — 3. *A qui appartient le choix.*

Caractère de l'obligation facultative.

L'obligation facultative ne diffère de l'obligation pure et simple qu'en un point : le débiteur qui vient de promettre une chose se réserve d'en payer une autre, si bon lui semble. Il faut bien remarquer que cela ne change en rien le caractère primitif de l'obligation ; ainsi quand le créancier agira en justice, son *intentio* ne portera que sur l'objet promis ; de plus, si cet objet avait péri par cas fortuit, l'obligation serait éteinte, sans qu'on pût demander la chose promise à la place. Cette modalité consiste donc à se réserver le droit de se libérer en donnant autre chose que ce qui a fait l'objet du contrat ; aussi les commentateurs disent-ils qu'il n'y a qu'une seule chose *in obligatione*, mais qu'il y en a deux ou plusieurs *in facultate solutionis*. Nous définirons donc l'obligation facultative : le lien juridique, en vertu duquel le débiteur a le droit de substituer, lors de l'exécution, une chose à celle qui a été promise.

Caractère de l'obligation alternative.

L'obligation alternative est le lien juridique dans lequel on a pour objet deux ou plusieurs choses qui sont, non pas seulement *in facultate solutionis*, mais bien *in obligatione* ; ainsi quand on dit : « Stichum aut Pamphilum, *utrum ego velim*, dare spondes ? » De là cette conséquence, que si l'une des choses promises vient de périr, même par cas fortuit, l'obligation continue, l'autre objet reste dû (2).

A qui appartient le choix.

Dans la dette alternative le choix peut appartenir, soit au créancier, soit au débiteur ; c'est en faveur de ce dernier qu'on interpré-

(1) F. 1, § 13-14. — F. 20, *de rationib.* D. 27, 3. — L. 2, Cod., *de contrario judicio*, 5, 58. = (2) F. 95, *de solutionib.* D. 46, 3.



tera la convention, si les parties n'ont rien dit; pour que le créancier ait le droit de choisir, il faut une convention formelle (1).

Le débiteur peut ordinairement changer d'avis jusqu'au moment de la *solutio*, à moins que la chose à livrer n'ait été fixée d'avance par un constitut (2).

Le créancier qui avait le choix pouvait également modifier ses idées jusqu'au moment de la demande en justice ou de la dénonciation acceptée par le débiteur. Cependant le F. 112, *de verb. oblig.*, D. 45, 1, contient une limitation remarquable. Suivant Pomponius, il faut distinguer les termes employés, si le créancier a stipulé en disant, *quem volam* ou *quem voluero*. Dans le premier cas, il peut changer d'avis jusqu'au payement; dans le second, il est lié par la première manifestation qu'il aura faite après la stipulation; ce résultat tient probablement au caractère strict du contrat verbal.

Si le créancier de plusieurs choses, dues alternativement, devient propriétaire de l'une d'elles avant l'échéance, les autres continuent à faire l'objet de l'obligation (3).

CHAPITRE IV.

DE L'OBLIGATION A TERME.

Sommaire. — 1. *Caractères du terme.* — 2. *Diverses espèces de termes dans les obligations.* — 3. *Sources du terme.* — 4. *Ses effets.*

Ce que c'est que le terme. Quand on fait naître actuellement une obligation, on peut en différer l'exécution jusqu'à une époque déterminée, ou bien encore limiter l'existence du droit à un certain espace de temps (4). Dans ces deux cas, le moment qu'on a en vue est désigné par l'expression générique *dies*, terme; et quand il est arrivé, on se sert d'une locution particulière, on dit : *dies venit.*

Dilatoire, extinctif. Quand le terme a seulement pour objet de reculer le moment de l'exécution, on l'appelle *dilatoire* ou *primordial*; quand son arrivée amène la fin du droit, il est *extinctif.*

Instit., liv. III, tit. XV. § 2. Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti : *Quinque aureos dare spondes?* Idque confestim peti potest. *In diem*, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit, veluti : *Decem aureos primis calendis martiis dare spondes?* Id

Toute stipulation est faite simplement, à terme ou sous condition. Purement, par exemple : « Promettez-vous de me donner cent? » Et on peut les demander immédiatement. A terme, quand, en faisant la stipulation, on ajoute l'époque à laquelle on pourra agir, par exem-

(1) F. 95, pr., § 1, *de solutionib.* D. 46, 3. — F. 34, § 6, *de contrah. empti.* D. 18, 1. = (2) F. 138, § 1, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. — F. 25, *de pecunia constituta.* D. 13, 5. — La règle était différente dans les legs, l'héritier ou le légataire qui avait manifesté son choix ne pouvait plus varier. — F. 84, § 9, *de legatis*, 1°. D. 30. F. 11, § 1, *de legatis*, 2°. D. 31. — F. 20, *de optione legata.* D. 33, 5. = (3) F. 16, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (4) F. 46, *de verbor. oblig.* D. 45, 1.

autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur : sed peti prius, quam *dies veniat*, non potest; ac ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is prætereat.

ple : « Promettez-vous de me donner dix aux premières calendes de mars? » Ce que nous stipulons à terme est dû immédiatement, mais ne peut pas être demandé avant que l'époque ne soit arrivée; on ne peut même pas agir au jour indiqué par la stipulation, parce que le débiteur peut exécuter pendant toute sa durée. Tant que le jour auquel on doit exécuter la promesse n'est pas écoulé, il n'est pas sûr qu'il n'y aura point payement.

Le caractère essentiel du terme, c'est de se rapporter à un événement futur, qui existera certainement. Si l'événement est impossible l'engagement est nul, par exemple, quelqu'un qui promettrait d'aller à Alexandrie au moment de sa mort (1). Il se rapporte aux événements futurs et certains.

Peu importe, du reste, que l'époque du *dies* soit incertaine, pourvu que sa réalisation soit assurée: si on promet cent « quando « Seius morietur, » il y a un terme, et on l'appelle *dies incertus*.

Instit., liv. III, tit. XIX.

§ 15. Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat : *Cum moriar, dare spondes?* vel : *Cum morieris*, et apud veteres utilis erat, et nunc valet.

§ 16. Item post mortem alterius recte stipulamur.

§ 15. Si une stipulation est ainsi faite par Titius : « Promets-tu de me donner quand je mourrai; ou quand tu mourras? » les anciens la déclaraient valable, et c'est aussi l'opinion actuelle.

Nous pouvons aussi stipuler valablement, en prenant pour terme le moment où un tiers sera mort.

Le terme ainsi déterminé est appelé *conventionnel exprès*; quelquefois il peut être *tacite*, c'est-à-dire sous-entendu dans la convention des parties. Terme exprès et tacite.

Instit., liv. III, tit. XV.

§ 5. Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti : *Carthagine dare spondes?* Quæ stipulatio, licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet *tempus injectum*, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam. Et ideo, si quis ita Romæ stipuletur : *Hodie Carthagine dare spondes?* inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.

On insère souvent la mention de certains lieux dans la stipulation. Par exemple : « Promettez-vous de donner à Carthage? » Cette stipulation, bien que paraissant faite purement et simplement, contient implicitement un délai pour que le débiteur puisse aller payer à Carthage. Si donc quelqu'un stipule ainsi à Rome : « Promets-tu de donner aujourd'hui à Carthage? » la stipulation sera nulle, puisque l'exécution de la promesse est impossible.

Gaïus dit que certains auteurs proposaient un moyen de faire valoir la stipulation mentionnée dans la fin du paragraphe; c'était de prévenir les mandataires établis à Carthage que tel jour on ferait la stipulation à Rome, et qu'ils eussent à l'accomplir dans la même journée (2). Il y avait également un terme nécessairement sous-en-

(1) F. 45, § 4, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. — (2) F. 141, § 4, *de verbor. oblig.* D. 45, 1.

tendu dans l'engagement de construire un édifice : « Modus adhi-« bendus est secundum rationem diligentis ædificatoris et tempo-« rum, locorumque (1). »

En réunissant ces diverses notions, nous définirons le terme : un événement futur et certain jusqu'à la réalisation duquel on diffère l'exécution de l'obligation, ou bien qui doit servir de limite à la durée d'un droit.

Terme complexe. Quelquefois le terme est complexe, c'est-à-dire qu'il comprend plusieurs unités de temps ; ainsi quand on promet de donner *certarum nundinarum diebus*, à tel marché, à telle foire. Les deux écoles étaient du reste en dissentiment sur ce point. Sabinus voulait qu'on pût exiger le payement au moment où le marché commençait ; Proculus, au contraire, voulait qu'on attendît jusqu'au dernier moment de sa durée; c'est l'opinion qui avait prévalu et qu'on retrouve aux Institutes (2).

Instit., liv. III, tit. XIX. § 26. Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus sit, nisi omnibus partibus præteritis anni vel mensis, non recte petet.

Celui qui a stipulé qu'on lui donnerait cette année, ou ce mois-ci, ne peut pas agir régulièrement avant l'expiration de tout le mois ou de toute l'année.

Nous verrons, en nous occupant de la procédure, que l'observation du terme était souvent fort importante pour éviter les effets de la plus-pétition dans les actions de droit strict.

Acte qui fait naître le terme. Il y a trois classes d'actes qui peuvent faire naître la modalité du terme : 1° la volonté expresse ou tacite des parties, on dit alors que le terme est *conventionnel* ou *volontaire*. 2° La loi fixe souvent un terme, soit dilatoire, soit extinctif; ainsi, quand il y a chose jugée, le créancier ne peut faire exécuter la sentence qu'après trente jours ; ainsi l'action *ex querela inofficiosi testamenti* ne peut être intentée que pendant cinq ans; on ne peut opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ* que pendant deux ans : voilà des exemples de ce qu'on appelle le *terme légal*. 3° Le magistrat peut aussi fixer un délai pour faire tel ou tel acte ; ainsi dans le *vadimonium*, ainsi dans le *damnum infectum*; il y a alors *terme judiciaire*.

Dans tous ces cas, comme nous l'avons déjà dit, le terme est dilatoire ou extinctif.

Dilatoire, quand il suspend l'exécution de l'obligation : Je donnerai cent aux ides de février de l'année prochaine.

Extinctif, quand le droit doit finir à l'époque indiquée. Ainsi, pour l'usufruit, le terme extinctif c'est la mort de l'usufruitier; pour le bail, c'est l'expiration du temps convenu entre le propriétaire et le locataire.

(1) F. 137, § 3, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (2) F. 42, 138, *de verbor. oblig.* D. 45, 1.

Tout en appliquant ces principes, il y avait des cas dans lesquels les Romains n'admettaient pas de plein droit l'effet extinctif du terme dans les obligations de droit strict. Stipulation quoad vivam.

§ 3. At si ita stipuleris, *decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes?* et pure facta obligatio intellegitur, et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest. Sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.

Si vous stipulez ainsi : « Me promettez-vous dix *aurei* par an, tant que je vivrai? » Il y a là une obligation pure et simple qui se perpétue, parce qu'on ne peut pas devoir pour un temps. Mais l'héritier qui agira sera repoussé par l'exception de pacte. Instit., liv. II, tit. XV.

Il y a là une subtilité particulière aux obligations naissant de la stipulation : le débiteur a promis dix tous les ans jusqu'à la mort du créancier, donc la dette existe; et comme le temps n'est pas compris dans les modes d'extinction que le droit civil a établis pour les obligations, il en résulte qu'elle devrait exister perpétuellement. Mais l'équité s'oppose à cette interprétation de la volonté des parties, et le droit prétorien permet d'opposer l'exception de pacte à l'héritier du créancier qui voudrait invoquer les principes rigoureux de la loi civile (1).

Il faut bien remarquer que l'adjonction d'un terme n'empêche pas ordinairement le droit de prendre naissance actuellement; si le créancier meurt avant l'expiration du délai convenu, la créance passe à ses héritiers qui en demanderont l'exécution. Le terme n'empêche pas ordinairement le droit de naître.

Quand il n'y a pas de convention ou d'indices contraires, le terme est présumé avoir été établi en faveur du débiteur (2); d'où on conclut qu'il peut y renoncer et contraindre le créancier à recevoir le payement avant l'échéance. Il est supposé en faveur du débiteur.

TITRE II.

Modalité affectant l'existence de l'obligation.

DE LA CONDITION.

Sommaire. — 1. *Définition de la condition.* — 2. *Éléments nécessaires à son existence.* — 3. *Diverses espèces de conditions.* — 4. *Effets de la condition.*

A. *Caractères de la condition et ses diverses espèces* (3).

La condition est une restriction qui fait dépendre l'existence de l'obligation d'un événement futur et incertain. Définition de la condition.

§ 4. Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obliga-

La stipulation est faite sous condition, lorsque l'existence de l'obligation Instit., liv. IV, tit. XV.

(1) V. F. 44, § 1, *de oblig. et act.* D. 44, 7. — F. 56, § 4, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (2) F. 17, *de regulis juris.* D. 50, 17. = (3) Bien que nous ayons indiqué les principes généraux de la condition, à l'occasion des testaments (t. I, p. 347), nous ne croyons pas qu'il soit inutile de les reproduire ici.

tio, ut, si aliquid factum fuerit, aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti *si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?* Si quis ita stipuletur, *si in Capitolium non ascendero, dare spondes?* perinde erit, ac si stipulatus esset, cum morietur, dari sibi. Ex conditionali stipulatione TANTUM SPES EST DEBITUM IRI, eamque ipsam spem transmittimus, si, prinsquam conditio existat, mors nobis contigerit.

est subordonnée à la réalisation d'un événement, de telle sorte que la stipulation produira son effet si quelque chose a été ou n'a pas été fait. Par exemple : « Si Titius est nommé consul, promets-tu de donner cinq *aurei?* » Si quelqu'un stipule ainsi : « Promets-tu de donner si je ne monte pas au Capitole? » Ce sera comme s'il stipulait qu'on lui donnerait au moment de sa mort. De la stipulation conditionnelle, il *résulte seulement une espérance de voir exister la dette*, et nous transmettons cette espérance à nos héritiers si la mort nous frappe avant que la condition se réalise.

Il faut généraliser les principes contenus dans ce paragraphe, pour la stipulation, et les appliquer à tous les autres contrats.

Pour constituer une condition, l'événement qu'on a en vue doit être futur et incertain; si on se rapporte à un fait actuel ou passé, il n'y a pas condition, même quand les parties seraient dans la plus complète incertitude sur son existence.

Il faut un événement futur et incertain.

§ 6. Conditiones, quæ ad præteritum vel ad præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt : veluti : *Si Titius consul fuit*, vel *si Mævius vivit, dare spondes?* Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

Les conditions qui se rapportent à un temps passé ou présent annulent immédiatement l'obligation ou ne l'empêchent pas de prendre naissance; par exemple : « Promettez-vous de donner si Titius a été consul, ou si Mævius vit? » car si les choses ne sont pas ainsi, la stipulation ne vaut pas; dans le cas contraire, elle prend immédiatement naissance; car les faits qui sont certains par la nature des choses ne retardent pas l'existence de l'obligation, bien qu'ils soient incertains pour nous.

La modalité de la condition, consistant dans l'incertitude qui existe sur le point de savoir s'il y aura ou s'il n'y aura pas obligation, doit toujours se rapporter à l'avenir. Quand on subordonne l'existence d'une convention à un fait actuel ou passé, il peut y avoir ignorance des parties, mais non pas incertitude, comme le porte notre texte : « Per rerum naturam certa sunt. » Il est certain que Titius vit ou qu'il est mort au moment où nous contractons, donc il y a dès à présent obligation, ou bien elle n'existera jamais; notre ignorance ne l'empêche pas de naître (1).

Le dies incertus peut servir de base à une condition.

L'événement futur doit être incertain, autrement il se confondrait avec le terme; cependant on peut prendre quelquefois un événement certain comme base d'une condition, quand on subordonne l'obligation à la coexistence d'un autre fait, lors de la réalisation du

(1) F. 100, 120, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. — F. 37-38-39, *de rebus credit.* D. 12, 1.

premier; c'est dans cette coexistence que se trouve alors l'élément d'incertitude nécessaire à la validité de la condition. Ainsi la mort de Séius est un événement futur et certain, cependant on peut dire : Je donnerai cent à Sempronius s'il vit encore au moment de la mort de Séius. L'obligation est future et incertaine, car on ne peut pas savoir quelle est celle des deux personnes désignées qui survivra à l'autre.

La condition est positive, quand on suppose l'existence d'un événement : si Séius est nommé consul; elle est négative, quand, au contraire, on subordonne la naissance du droit à la non réalisation du fait indiqué : si Séius n'est pas nommé consul. Condition positive et negative.

On peut prendre pour condition un événement indépendant de la volonté des parties ou même du fait de l'homme : s'il y a un tremblement de terre; si la récolte est abondante; on dit alors que la condition est casuelle, *in eventu posita* (1). Conditions casuelles mixtes et potestatives.

L'événement futur et incertain peut être un fait ou une abstention venant, soit des parties, soit des tiers, et alors les effets seront tout à fait différents, suivant les circonstances. Si on prévoit le fait d'un tiers, joint au fait de l'une des parties, la condition est dite mixte, par exemple : Je vous donnerai tel esclave, si vous épousez Sempronia.

Enfin, quand la condition consiste dans le fait de l'une des parties, elle est appelée condition potestative.

Elle peut être potestative de la part du créancier, et on ne distingue pas alors la nature des faits que les parties ont spécifiés; la condition sera valable quand le créancier aura dit : Me donnerez-vous cent, si je le veux; tout aussi bien que lorsqu'il aura stipulé : Me promettez-vous cent, si je monte ou si je ne monte pas au Capitole? Du moment où il aura manifesté sa volonté, le lien juridique existera, et on pourra intenter l'action résultant du contrat. Effets de la condition potestative du côte du créancier ou du côte du débiteur.

Il y a plus de difficultés pour le cas où la condition est potestative de la part du débiteur; comme il dépendrait de lui de faire valoir ou d'annuler la convention, on a préféré décider immédiatement qu'il n'y avait pas contrat : « Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione... Illam stipulationem *si voluerís* dari?... inutilem esse constat... Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit (2). » Mais il faut se garder de trop étendre cette nullité attachée à la condition potestative de la part du débiteur. S'il s'agit d'un fait à exécuter ou à ne pas exécuter, il y aura des circonstances dans lesquelles la convention sera parfaitement valable, parce que la somme ou les choses Nullité de la convention quand la condition est potestative pour le débiteur

(1) F. 60, *de condit. et demonst.* D. 35, 1. — (2) F. 17, 46, § 3. — F. 108, § 1, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. — F. 7, *de contrah. empt.* D. 18, 1.

promises pourront être considérées comme constituant des clauses pénales établies pour punir l'inexécution d'une autre promesse. Ainsi dans l'exemple suivant : « Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes (1)? » Ou bien encore, si on a stipulé une somme pour le cas où on ne laisserait pas user de telle servitude: « Pœna certæ pecuniæ « promissa, si quid aliter factum. » Mais que fallait-il décider, si le fait potestatif à exécuter par le débiteur était assez indifférent au créancier, pour qu'on ne pût pas considérer la convention comme contenant une sorte de dette alternative? Cette question, si difficile à résoudre dans notre droit, en présence de l'art. 1174 du Code Napoléon, ne paraît pas avoir fait doute pour les jurisconsultes romains; ils déclarent la stipulation très-valable. « Sed si ita stipu« latus fuero : *Si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam* « *non ieris*, centum dari spondes? Non statim committetur stipulatio, « quamvis Capitolium ascendere, vel Alexandriam pervenire po« tueris; sed cum certum esse cœperit te Capitolium ascendere, vel « Alexandriam ire non posse (2). » Si j'ai stipulé ainsi : Promettez-vous de donner cent, si vous ne montez point au Capitole, ou si vous n'allez pas à Alexandrie? La stipulation ne produit pas sur-le-champ son effet, bien qu'il dépende de vous de monter au Capitole ou d'arriver à Alexandrie; mais seulement quand il sera certain que vous ne ferez aucun de ces deux actes.

Ici la condition est tout à fait potestative, et cependant, Papinien déclare la stipulation valable.

Pour résumer l'effet des conditions potestatives dans les contrats, nous dirons : Du côté du créancier, il n'y a pas à distinguer la nature des conditions potestatives, elles n'empêchent jamais le contrat de valoir; du côté du débiteur, il en est autrement, toute condition potestative consistant dans l'accomplissement ou dans l'abstention d'un fait, pourra être prise comme modalité du contrat; mais la condition potestative *si voluero*, *si voluerit debitor*, empêche la convention de valoir. On a encore formulé ce principe, en disant : La condition potestative physique, de la part du débiteur, n'empêche pas le lien juridique de se former, tandis qu'il n'y a pas contrat, quand on fait dépendre son existence de la condition métaphysique *si voluero*, de la part du débiteur.

Il y avait encore sur ce point une question qui divisait les jurisconsultes : que fallait-il décider si le débiteur avait promis de donner, *quando voluerit?* n'y avait-il pas là une condition potestative annulant immédiatement le contrat? Des auteurs le pensaient; d'autres disaient que, jusqu'au moment de la mort, on pouvait vali-

(1) F. 4, § 1. — F. 115, § 2. *de verbor. obligat.* D. 45, 1. = (2) F. 115, § 1, *de verbor. oblig.* D. 45, 1.

der la convention en faisant un constitut. Et Paul nous apprend que c'est son opinion : « Quod verum est (1). »

Enfin les conditions insérées dans les contrats peuvent être : 1° impossibles physiquement; 2° impossibles légalement; dans ce dernier cas, on les appelle conditions illicites ou immorales. Conditions possibles et impossibles.

On comprend facilement ce qu'est la condition physiquement impossible; un événement dont la réalisation serait en opposition avec les lois de la nature, comme : si Titius ne meurt jamais. Les jurisconsultes romains donnent souvent pour exemple : « Si digito « cœlum tetigeris, » si vous touchez le ciel avec le doigt; cette condition impossible produit des résultats différents, suivant qu'on la prend dans le sens positif ou dans le sens négatif.

Dans le sens positif, elle annule le contrat; on suppose que les parties n'ont pas voulu faire un acte sérieux. Si on la prend, au contraire, dans le sens négatif, on regarde la convention comme pure et simple (2).

§ 11. Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis ita dixerit : *Si digito cœlum attigero, dare spondes?* At si stipuletur : *Si digito cœlum non attigero, dare spondes?* pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim petere potest.

Si on ajoute aux obligations une condition impossible, la stipulation ne vaut pas. On regarde comme impossible la condition dont la nature empêche l'accomplissement. Par exemple, quand on dit : « Si je touche le ciel avec le doigt, promettez-vous de donner? » Mais si on stipule, au contraire : « Promettez-vous de donner si je ne touche pas le ciel avec le doigt? » l'obligation paraît être pure et simple, et par conséquent on peut en demander immédiatement l'exécution. Instit., liv. III, tit. XIX.

Quand il s'agit d'impossibilités légales ou physiques, il suffit ordinairement que l'impossibilité existe au moment de la convention, pour l'empêcher de produire ses effets; car, suivant Paul, « in sti« pulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. » Ainsi, dans la stipulation que voici : Me promettez-vous mille, si j'épouse ma sœur adoptive? Bien que ce mariage puisse avoir lieu après l'émancipation de l'une des parties, la convention est cependant nulle, parce qu'il y a actuellement impossibilité légale (3). Mais je puis très-bien stipuler, sous condition, une chose qui m'appartient; et la convention vaudra, si l'objet n'est plus dans mon patrimoine, au moment où la condition se réalisera. « Si rem meam sub conditione « stipuler, utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore « mea non sit (4). » Il y a ici interprétation de la volonté des parties.

(1) F. 46, § 2, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (2) F. 7, 8, 137, § 6, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. — F. 31, *de oblig. et act.* D. 44, 7. — F. 9, § 6, *de rebus creditis.* D. 12, 1. — F. 29, *de fidejussor.* D. 46, 1. — G. C. III, § 98. = (3) F. 141, § 1, *de regulis juris.* D. 50, 17. — F. 35, § 1, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (4) F. 31, *de verbor. oblig.* D. 45, 1.

Condition illicite et immorale.

La condition illicite et immorale est possible physiquement; une personne peut commettre un crime, mais comme cela n'aurait lieu que par une violation de la loi, on regarde l'événement comme impossible. Il y aura donc nullité de la convention dans laquelle on fait figurer cette éventualité dans un sens positif (1).

§ 24. Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

La promesse faite sous condition immorale ne vaut pas; si, par exemple, quelqu'un promet de commettre un homicide ou de faire un sacrilége.

Quand on prend la condition illicite ou immorale dans un sens négatif, il y a lieu à faire une distinction. Si le créancier stipule: Me promettez-vous cent, si je m'abstiens d'un crime, la convention est nulle : « Si ob maleficium *ne fiat* promissum sit, nulla est obli« gatio ex hac conventione (2). » On ne doit pas vendre son abstention d'un fait illicite. Mais, au contraire, on déclarait très-valable la convention par laquelle le débiteur promettait une somme s'il commettait un délit ; il y avait alors une clause pénale (3).

Les Romains ne distinguaient pas les donations des autres contrats.

Il faut remarquer que les Romains ne distinguaient pas les donations des actes, à titre onéreux, et ils les annulaient quand on y joignait des conditions impossibles ou illicites. Le Code Napoléon a suivi une autre doctrine : dans l'art. 900, il déclare non écrites les conditions impossibles ou illicites, jointes, soit aux testaments, soit aux donations, tandis que dans l'art. 1172, le législateur s'exprime ainsi : « Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux « bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la « convention. »

En quoi le Code Napoléon est plus logique.

Des jurisconsultes ont pensé qu'il aurait été plus logique de suivre la doctrine romaine, mais nous ne partageons pas leur avis. On comprend la nullité dans le cas de contrat à titre onéreux, les deux parties sont sur un pied d'égalité, et on ne peut pas savoir au juste celle qui a provoqué l'adjonction des conditions illicites ou impossibles; on les remet dans l'état où elles se trouvaient avant le contrat, et si elles veulent réellement le faire, rien ne les empêche de recommencer la convention.

Dans la donation, nous croyons qu'il faudrait distinguer la condition impossible de la condition illicite. Dans le premier cas, il serait juste d'annuler la donation, parce qu'on peut penser que le donateur s'est trompé, qu'il a cru la condition possible : si, une fois l'erreur découverte, il continue à vouloir donner, il fera de nouveau la tradition ou la mancipation; si, au contraire, il tenait à l'accom-

(1) F. 26, 27. — F. 123, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (2) F. 7, § 3, *de pactis.* D. 2, 14. = (3) F. 121, § 1, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. — L. 1-2, Cod., *si mancipium*, 4, 56.

plissement de la condition, il est équitable de lui rendre la chose aliénée.

Dans le cas de condition illicite, les Romains, en déclarant la donation nulle, arrivaient à un résultat qu'on peut déclarer immoral. En effet, il est évident que jamais les conditions insérées dans une donation n'auront été provoquées par le donataire. Quand on fait une libéralité à un tiers, il se contente de l'accepter, et il ne lui viendra jamais à l'esprit de dire au donataire : Insérez dans l'acte une clause qui me grève ou qui me force à faire un acte illicite; donc, au point de vue philosophique, la première cause de culpabilité émane de l'auteur de la donation, car il achète, en quelque sorte, l'assentiment du donataire à la convention prohibée. Sans doute, ce dernier est blâmable de ne pas résister héroïquement à la tentation, mais en définitive, il faut bien reconnaître que celui qui provoque l'acte illicite est plus coupable que celui qui cède à ses suggestions. Or, en déclarant la donation nulle, que fait-on? on punit le donataire et on favorise le donateur; le législateur romain semble raisonner ainsi : Séius est coupable d'avoir accepté une donation sous une condition immorale ou illicite, donc nous lui enlevons la chose donnée. Quant à vous, donateur, qui l'avez obsédé, peut-être pendant des années; vous, qui n'avez levé ses scrupules qu'à force de manœuvres et de promesses, reprenez la chose donnée, comme si on n'avait aucun reproche à vous faire. Il est évident que ce résultat est contraire à la justice; il fallait, ou bien laisser la chose au donataire, comme l'a fait le Code Napoléon, car on punit ainsi le donateur qui perd l'objet sans que la condition soit réalisée; ou bien il fallait confisquer la chose et frapper le donataire d'une amende. En tout cas, nous le répétons, la solution du Code Napoléon est plus morale que celle du droit romain.

B. *Réalisation de la condition. Effets de cette réalisation.*

La réalisation est une question de fait, quelquefois on la suppose.

C'est au juge qu'il appartient de décider quand une condition est ou n'est pas réalisée; mais il y a des circonstances dans lesquelles on suppose la réalisation, bien qu'elle n'ait pas eu lieu. Ainsi on a donné la liberté à un esclave à condition qu'il payerait dix à Titius; celui-ci refuse de recevoir l'argent, l'esclave n'en sera pas moins libre, car il a fait son possible pour accomplir la condition, etc. (1).

On suppose enfin la condition accomplie toutes les fois que le défaut de réalisation vient du fait de celui qui avait intérêt à l'empêcher : « Jure civili receptum est, quotiens per eum cujus interest « conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde ha-

(1) Ulp. Reg. tit. 2, § 6. — F. 20, *de statu liberis*. D. 40, 7.

« beri ac si impleta conditio fuisset (1). » Il est admis dans le droit civil, que si celui qui a intérêt à l'inaccomplissement de la condition empêche sa réalisation, on la tiendra pour réalisée.

Effet suspensif de la condition.

Tantôt en se réalisant la condition fait naître le droit, tantôt elle le détruit.

Pour les Romains, la condition par excellence était celle dont la réalisation fait naître le droit et l'obligation; nous l'appelons dans nos codes modernes *condition suspensive*. Elle donne au stipulant, par exemple, la chance de devenir créancier : « Spes est debitum « iri, » et cette chance passe aux héritiers avec le reste du patrimoine.

Instit., liv. III, tit. XIX.

§ 25. Cum quis sub aliqua conditione fuerit stipulatus, licet ante conditionem decesserit, postea, existente conditione, heres ejus agere potest. Idem est et a promissoris parte.

Si quelqu'un a stipulé sous une condition qui se réalise après sa mort, son héritier peut agir; il en est de même du côté des débiteurs.

Elle rétroagit.

Quand la condition arrive, elle a un effet rétroactif, et on considère le contrat comme ayant toujours existé, pourvu que la chose, objet de la convention, existe encore; nous avons vu comment la vente conditionnelle n'est parfaite qu'après la réalisation de la condition (2).

La rétroactivité a pour effet d'annuler toutes les aliénations, toutes les concessions de droits réels faites par le débiteur; ainsi, l'hypothèque consentie conditionnellement passe avant l'hypothèque pure et simple accordée après elle, mais avant la réalisation de la condition; il en serait de même pour les ventes ou les donations (3). Cette rétroactivité était nécessaire, car le débiteur sous condition restait réellement propriétaire jusqu'au moment de l'accomplissement de l'événement attendu.

Effet extinctif de la condition.

Nous avons dit également que la condition réalisée faisait cesser le droit existant. Le principe est constant, mais son caractère et ses effets, en droit romain, sont extrêmement difficiles à préciser. En droit français, nous avons, à côté de la condition suspensive, une condition résolutoire avec des effets rétroactifs bien tranchés; le contrat naît, le droit existe, mais la condition résolutoire arrivant, le contrat est censé n'avoir jamais été fait, le droit est réputé n'avoir jamais existé.

Nous pensons que dans l'origine les Romains n'avaient pas la notion de la condition résolutoire, ils admettaient seulement une condition extinctive.

Le contrat naissait, il produisait tous ses effets, mais sa durée,

(1) F. 161, *de regulis juris*. D. 50, 17. — F. 87, § 7, *de verbor. oblig*. D. 45, 1. — F. 50, *de contrah. empt*. D. 18, 1. = (2) F. 7, *de contrah. empt*. D. 18, 1. — F. 8, *de periculo et commodo*. D. 18, 6. = (3) F. 11, § 1, *qui potiores*. D. 20, 4. — L. 23, Cod., *de donat. in er vir.*, 5, 16. — F. 11, § 1, *quemadmod. servitutes*. D. 8, 6.

son extinction, étaient soumises à un événement futur et incertain. Nous trouvons cette notion dans plusieurs textes. Ulpien, parlant de la vente faite sous la condition potestative *si displiceat*, s'exprime ainsi : « Constat non esse sub conditione distractam, sed resolvi « emptionem sub conditione (1). » Il est certain que la vente n'est pas conditionnelle, mais que sa résolution est soumise à une condition.

Dans ce cas, les effets pratiques du contrat étaient les mêmes que s'il n'y avait pas eu condition. « Ubi igitur, secundum quod « distinximus, *pura* venditio est, Julianus scribit, hunc cui res *in* « *diem addicta* est, et usucapere posse et fructus, et accessiones « lucrari, et periculum ad eum pertinere si res interierit (2). » Quand il y a vente pure et simple, suivant notre distinction, Julien écrit que celui qui est soumis à la condition de l'*addictio in diem* usucape, gagne les fruits, supporte les risques de la chose, etc. Il y a là une vente parfaite; la seule question incertaine est celle de savoir si ce contrat sera résolu par l'effet d'une offre meilleure faite au premier vendeur.



Mais c'est ici que se présente la question la plus délicate. Quand la condition arrivait, y avait-il rétroactivité comme pour la condition suspensive, ou bien l'effet de résolution ne se faisait-il sentir que pour l'avenir? Les textes sont en divergence sur ce point, et nous croyons qu'il faut distinguer deux périodes historiques. Dans la première, l'accomplissement de la condition n'opérait pas une résolution de plein droit et ne rétroagissait pas. Nous en trouvons la preuve, 1° dans la nécessité de l'*usureceptio* pour le débiteur qui payait pour dégager son gage mancipé *contracta fiducia;* bien que la condition fût accomplie, la propriété ne lui revenait pas *ipso jure;* 2° dans la donation *mortis causa*. Quand on avait transféré la propriété et qu'on voulait révoquer, il fallait intenter la *condictio* contre le donataire; ce n'est qu'avec le temps qu'on en vint à donner au donateur une revendication utile (3).

Comme conséquence, et par analogie, il faut admettre que tous les actes faits par le donataire restaient valables; on intentait contre lui la *condictio* : « Si paret rem dare oportere. » Or, il ne pouvait la retransférer que telle qu'il la possédait actuellement, avec les hypothèques, les servitudes consenties, etc. Nous trouvons des traces de cet état de choses au Digeste. Julien dit formellement que si le donataire *mortis causa* a donné la chose à une tierce personne, « donator non rem, sed pretium ejus, condiceret. » Paul dé-

(1) F. 3, *de contrah. empt.* D. 18, 1. = (2) F. 2, § 1, *de in diem addict.* D. 18. 2. = (3) Cf. G. C. II, § 60. — F. 29, 20, *de donat. mortis causa*. D. 39, 6. — F. 7, § 3, *de jure dotium*. D. 23, 2.

clare valable l'affranchissement fait par le donataire à cause de mort, etc. (1).

Dans la pratique on en vint à admettre la condition résolutoire.

Plus tard on tendit à donner à cette extinction du droit les effets rétroactifs de la condition suspensive; on considéra le droit éteint comme n'ayant jamais existé, et on annula les charges consenties par celui qui était seulement propriétaire conditionnel (2). M. Blondeau pense dans sa *Chrestomathie*, page 457, note 1, que ce système a été surtout proposé par Ulpien; et alors, dit-il, on expliquerait peut-être comment le Digeste présente si peu de textes sur cette matière, en supposant que Justinien, après avoir adopté l'opinion d'Ulpien, a supprimé tous les passages où une opinion différente était professée par d'autres jurisconsultes.

TITRE III.

Modalités portant sur la nature et les effets ordinaires des contrats. Théorie des pacta adjecta.

Sommaire. — 1. *Ce qu'on entend par* pacta adjecta. — 2. *Cas où ils sont ajoutés à des contrats* bonæ fidei, *ou* stricti juris. — 3. *Distinction quand on veut augmenter ou diminuer l'obligation.*

Définition des pactes adjoints.

On entend par *pacta adjecta* des conventions accessoires ajoutées aux contrats pour modifier leur nature et augmenter ou diminuer les obligations des parties.

Cette théorie a donné lieu à de grandes difficultés en droit romain, par suite des caractères spéciaux du pacte.

Nous savons qu'en dehors des *pacta prætoria* et *legitima*, la simple convention ne faisait naître qu'une obligation naturelle; le créancier recevait valablement ce qu'on lui avait promis, mais on ne lui donnait pas d'action pour le réclamer.

D'un autre côté, nous avons vu que si le pacte était dans l'intérêt du débiteur, lié au point de vue du droit civil, il pouvait repousser le créancier qui agissait par l'exception *pacti conventi*. Quelquefois même on allait jusqu'à donner la *condictio indebiti*, si le payement avait été effectué.

Il s'était présenté deux questions délicates : 1° si le pacte se trouvait joint à un contrat dont l'exécution était garantie par une action du droit civil, fallait-il faire profiter la convention accessoire des moyens d'exécution attachés par la loi à la convention principale? 2° si le pacte adjoint avait pour but de diminuer l'obligation du

(1) F. 19, 30, *de donat. mortis causa*. D. 39, 6. — F. 12, *de cond. causa data*. D. 12, 4. — F. 76, *de jure dotium*. D. 23, 2. = (2) V. F. 4, § 3, *de in diem addictione*. D. 18, 2. — F. 5, *de leg. commiss.* D. 18, 3. — Cf. de Savigny, t. III, p. 163. Traduction du *Traité du droit romain*.

débiteur, devait-il produire cet effet de plein droit, ou seulement à l'aide d'une exception?

Distinction des pactes adjoints *ex continenti* ou *ex intervallo*.

La jurisprudence avait accordé l'action et admis l'effet *ipso jure*, mais avec quelques distinctions, suivant qu'il s'agissait de contrats de droit strict ou de bonne foi; suivant que le pacte avait été adjoint immédiatement, *ex continenti*, ou postérieurement au contrat, *ex intervallo*.

Leurs effets varient suivant que le contrat est de bonne foi ou de droit strict.

Nous avons déjà signalé les différences qui existaient entre les contrats de bonne foi et de droit strict; elles tenaient surtout à la procédure et aux pouvoirs accordés au *judex* dans l'un ou l'autre cas. Le juge des actions de bonne foi devait chercher surtout à rendre une décision conforme à l'équité; il n'était pas tenu de suivre servilement les paroles de la formule, ce qui avait une grande importance pour la compensation, la plus-pétition et les exceptions à opposer. Dans les actions de droit strict, le juge était rigoureusement lié par les termes de la formule; il ne pouvait pas s'en écarter sans engager sa responsabilité, sans faire le procès sien. Il fallait donc faire figurer toutes les exceptions dans la formule elle-même, sous peine de ne plus pouvoir les opposer ensuite.

C'est d'après cette distinction des contrats que nous diviserons nos explications sur la théorie des *pacta adjecta*.

SECTION PREMIÈRE. — Effets des pacta adjecta, dans les contrats de bonne foi.

Les *pacta adjecta ex continenti* font partie du contrat.

Les pactes joints immédiatement, *ex continenti*, aux contrats de bonne foi faisaient corps avec les conventions principales; c'est à leur occasion qu'on disait : « Quin imo interdum format ipsam « actionem, ut in bonæ fidei judiciis... ea enim pacta insunt, *quæ* « *legem contractui dant*, id est, quæ in ingressu contractus facta « sunt (1). » Bien plus, le pacte lui-même fait naître une action, comme dans les procès de bonne foi... Car on regarde comme inhérents à la convention les pactes qui contiennent la loi du contrat, c'est-à-dire qui sont faits au moment où l'engagement se forme.

Pactes adjoints *post intervallum*.

Le pacte ajouté *post intervallum* est joint à un contrat qui a déjà pris naissance, et dont les effets sont bien déterminés, seulement les parties veulent le modifier.

Prenons deux exemples :

1° Je vous vends ma maison mille francs, et il est convenu que si vous ne me payez pas aux ides de janvier, la vente sera résolue. Ici le pacte est adjoint *in continenti*; il fait la loi de la vente;

2° Je vous vends ma maison mille francs, et nous nous arrêtons

(1) F. 7, § 3, *de pactis*. D 2, 14.

là. Le lendemain, cependant, nous convenons que le contrat sera résolu si vous ne me payez pas aux ides de janvier. Voilà un pacte ajouté *post intervallum*; c'est une addition faite à un contrat déjà né, déjà parfait.

Effets du pacte adjoint *ex continenti.*

Dans le premier cas, le pacte est partie intégrante du contrat, il s'identifie à lui et produit les mêmes effets obligatoires; on ne peut pas dire il y a un contrat, plus un pacte, il y a seulement un contrat modifié par un pacte, un contrat qui n'a jamais existé qu'avec cette modification (1).

Il ne fallait pas cependant que le pacte adjoint constituât une convention toute différente du contrat principal. Ainsi, je vous vends un esclave à condition de l'exporter hors de l'Italie, et nous ajoutons, sans employer la stipulation, que si vous manquez à cette promesse vous payerez cent francs comme dommages et intérêts. Cette dernière clause, qui est tout à fait étrangère au contrat de vente, ne produira que les effets attachés au simple pacte (2). Mais quand il y avait rapport direct, on ne distinguait pas si le pacte augmentait ou diminuait l'obligation.

Effets des pactes adjoints *post intervallum.*

Les pactes ajoutés après coup, *adjecta post intervallum*, ne font point partie du contrat, « non insunt contractui; » donc ils ne donnent pas lieu à une action; il en résulte qu'ils ne peuvent pas ordinairement servir « ad augendam obligationem. »

Quand on diminue l'obligation.

Mais si le pacte adjoint *ex intervallo* a pour objet de diminuer les obligations du débiteur, on peut dire que cet effet sera produit *ipso jure*. Le débiteur n'a pas besoin ordinairement de faire figurer les exceptions dans les formules de bonne foi : « Quia bonæ fidei judicio « exceptiones pacti insunt (3). »

Modifications apportées par la jurisprudence.

Telle était la règle générale que la jurisprudence est venue modifier d'une manière bien remarquable, en décidant qu'il faudrait distinguer ce que contiendraient les pactes ajoutés *post intervallum*. S'il s'agit seulement d'*adminicula*, c'est-à-dire d'éléments accessoires, comme le terme, la condition, etc., les pactes ajoutés après coup ne deviennent point partie intégrante du contrat; ils font naître simplement une obligation naturelle ajoutée à l'obligation civile. Si le *pactum adjectum ex intervallo* porte sur la substance même du contrat, c'est-à-dire sur les éléments essentiels ou naturels, comme le prix ou la chose à livrer dans la vente, et si les choses sont encore entières (s'il n'y a pas eu exécution), on suppose qu'on a fait un nouveau contrat remplaçant l'ancien (4). Voici comment on raisonne : 1° dans les contrats *re*, dont l'action est de

(1) L. 13, Cod., *de pactis*, 2-3. — L. 16, Cod., *de jure dotium*, 5, 12. = (2) F. 7, *de servis exportandis*. D. 18, 7.—Add. F. 11, *de religiosis*. D. 11. 7. = (3) F. 3, *de rescindenda venditione*. D. 18, 5. = (4) F. 72, *de contrah. empt.* D. 18. 1. — F. 7, § 6, *de pactis*. D. 2. 11.

bonne foi, tant qu'on n'a pas encore livré, exécuté, il n'y a pas contrat de commodat, de dépôt ou de gage; donc le pacte adjoint n'est pas postérieur au contrat; 2° dans les contrats *consensu*, tant que les choses sont encore en état, *integræ*, on peut annuler pour le tout la convention par le mutuel dissentiment: pourquoi donc ne pourrait-on pas, de la même manière, l'annuler pour partie? Or, c'est ce qu'on fait en y ajoutant un pacte qui les modifie (1).

On a donc commencé par distinguer, dans le principe, les *pacta adjecta in continenti* des *pacta adjecta post intervallum*; puis la jurisprudence se contenta de distinguer ceux qui portaient sur les *adminicula*, ou sur la substance même du contrat.

Remarquons enfin que certains pactes ne peuvent pas être ajoutés, même aux contrats de bonne foi; ainsi la convention qu'on ne pourra pas se retirer de la société; ainsi quand le dépositaire convient qu'il pourra se dispenser de rendre le dépôt à la première réquisition (2).

SECTION II. — Effets des pacta adjecta dans les contrats de droit strict.

Il résulte des textes du Code et du Digeste, que les règles en matière de *pacta adjecta* n'étaient pas les mêmes pour les contrats dont l'action était de droit strict, que pour ceux où l'action était de bonne foi (3). Mais il est à peu près impossible d'établir d'une manière incontestable en quoi consistaient ces différences.

Règle généralement admise. *Les pacta adjecta ex continenti servent ad minuendam obligationem.*

Les commentateurs adoptent ordinairement la règle que voici : les pactes adjoints, *in continenti,* aux contrats de droits strict, ne peuvent pas servir à augmenter l'obligation, de telle sorte que l'augmentation soit sanctionnée par une action. Si, au contraire, les pactes ont pour objet de diminuer l'obligation, on les considère comme faisant partie intégrante du contrat.

Mais on est obligé de convenir avec Gérard Noodt (*Traité des Pactes*, tit. XII), que la jurisprudence a singulièrement modifié cette règle absolue; et c'est pour bien déterminer les limites auxquelles elle s'est arrêtée qu'on éprouve de grandes difficultés.

Discussion pour le *mutuum* et la stipulation.

La question est surtout discutée par les jurisconsultes romains pour le *mutuum* et la stipulation.

Ulpien, dans le Frag. 11, § 1, *de rebus creditis*, D. 12, 1, suppose cet exemple : Je vous compte dix et nous convenons par un pacte adjoint, « ut undecim debeas. Putat Proculus amplius quam « decem condici non posse. » Le pacte ne vaut pas, car il augmente

(1) F. 2, 3, § 1, *de rescindenda ventione*. D. 18, 5.— F. 58, *de pactis*. D. 2, 14. =(2) F. 14, 78, *pro socio*. D. 17, 2. — F. 1, § 45, *depositi*. D. 16, 3. — F. 28, *de pactis*. D. 2, 14. = (3) F. 7, § 5-6, *de pactis*. D. 2, 14. — L. 13, Cod., *de pactis*, 2-3.

l'obligation. Au contraire : « Si tibi dedero decem, ut *novem debeas*, « Proculus ait et recte, non amplius te *ipso jure* debere quam no-« vem. » Je vous ai donné dix à condition que vous me devriez neuf; Proculus dit avec raison, que de plein droit vous ne devez pas plus de neuf. A ce texte, on oppose le Fragment 48, *de pactis*, D. 2, 14, dans lequel Gaïus dit : « In traditionibus rerum, quodcunque pactum « sit, id valere manifestissimum est. » Toute convention accompagnant la tradition d'une chose est évidemment valable. Il semble donc qu'on doive ratifier tous les pactes, même ceux qui servent *ad augendam obligationem*. Cujas et Vinnius expliquent ce texte en disant qu'il se rapporte aux contrats innommés dont l'action était assimilée aux actions de bonne foi; Noodt y voit la traduction d'un texte de la loi des douze Tables, qui permettait de faire des *pacta adjecta* dans la mancipation. Voilà un premier point qui est loin d'être clair, et sur lequel on peut dire que les Romains eux-mêmes n'étaient pas d'accord.

Pour la stipulation, la difficulté est toute aussi grande. Les pactes venant du débiteur et qui sont joints au contrat verbal doivent-ils être considérés comme inhérents à la convention principale; peut-on dire d'eux : « Dant legem contractui ? » C'était une question fort controversée entre les assesseurs de Papinien, comme nous le voyons dans le Fragment 40, *de rebus creditis*, D. 12, 1. « Lecta est in au-« ditorio Æmilii Papiniani... » Paul voulait qu'on appliquât la même règle que pour les contrats de bonne foi : « Dicebam quia « pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur. » Je disais que les pactes faits immédiatement étaient inhérents à la stipulation. D'autres voulaient, au contraire, qne ces pactes ne pussent servir que *ad exceptionem*. L'opinion de Paul triompha, et il la reproduit dans le Fragment 4, § 3, *de pactis*, D. 2, 14, où il considère un pacte adjoint, il est vrai dans l'intérêt du débiteur, comme produisant un effet égal à celui de la stipulation.

Enfin la loi 27 au Code, *de pactis*, 2, 3, semblerait dire que tout pacte joint à une stipulation doit être exécuté : « Petens ex sti-« pulatione quæ placiti servandi causa secuta est, seu antecessit « pactum, seu post statim interpositum sit, recte secundum se ferri « sententiam postulat. » Celui qui agit, en vertu d'une stipulation intervenue, pour garantir une convention antérieure, celui-là demande, avec raison, qu'on prononce la sentence en sa faveur, soit que le pacte ait précédé, soit qu'il ait été interposé immédiatement. Cujas croit qu'il faut interpréter ainsi cette loi : on a fait d'abord un pacte confirmé par une stipulation, ce qui donne le droit d'intenter l'action *ex stipulatu*; mais dans l'instrumentation, dans l'acte destiné à faire preuve, on a mentionné d'abord la stipulation, puis le

pacte, le juge devait alors examiner ce qui avait été fait, et non s'en tenir à l'ordre de l'écriture.

Quoi qu'il en soit, il est fort probable que la jurisprudence tendant toujours à faire dominer l'équité, on était arrivé à ne plus distinguer les contrats de droit strict des contrats de bonne foi, quand le pacte était ajouté *in continenti*; c'est, du reste, l'opinion émise par Paul dans le Fragm. 40, *de rebus creditis*, D. 12, 1.

SECTION III. — Actions données quand les pactes avaient été adjoints ex continenti.

En principe, on faisait respecter le pacte adjoint *in continenti* par l'action même du contrat; ainsi, pour la vente, le louage, etc.: on appliquait cette règle, même quand le pacte avait pour objet de subordonner la nullité du contrat à un fait postérieur, comme la *lex commissaria*, quand il y avait défaut de payement aux époques indiquées. Cependant les deux écoles s'étaient divisées sur ce point: Proculus voulait qu'on donnât alors l'action *in factum præscriptis verbis*; Sabinus voulait, au contraire, accorder l'action du contrat auquel le pacte était inhérent (1). Cette dernière opinion fut confirmée par un rescript de Sévère et d'Antonin Caracalla; cependant, il résulte des textes qu'on n'avait pas adopté sur ce point d'opinion radicale, et que l'on permettait ordinairement d'intenter, soit l'action du contrat, soit l'action *in factum præscriptis verbis* (2).

On donnait l'action du contrat ou l'action *præscriptis verbis*.

APPENDICES. — EXEMPLES DE PACTA ADJECTA D'UNE MANIÈRE USUELLE AUX CONTRATS VERBIS ET CONSENSU.

1° *Contrats verbis.*

§ 13. Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis, quam post mortem ejus, a quo stipulabatur. Ac ne is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et, si quis ita stipuletur: *Pridie, quam moriar*, vel *pridie, quam morieris dabis?* inutilis erat stipulatio. Sed cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie, quam morietur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

Personne ne pouvait stipuler qu'on lui donnerait après sa mort pas plus qu'après la mort d'un promettant. De même celui qui est en puissance d'autrui ne pouvait pas stipuler pour après la mort de cette personne, parce qu'il est considéré comme étant la voix du maître ou du père. Si quelqu'un stipulait ainsi: « Promettez-vous de donner la veille de ma mort, ou la veille de votre mort? » la stipulation était inutile. Mais, ainsi que nous l'avons dit, puisque les stipulations valent par le consentement des parties, il nous a plu d'apporter une correction à cette partie du droit, et de déclarer valable la stipulation quand on l'a faite, soit pour la mort, soit pour la veille de la mort des contractants.

Instit., liv. III, tit. XIX. Stipulation *post mortem*.

(1) F. 12, *de præscriptis verbis*. D. 19, 5. — F. 6, *de rescindenda vendit.* D. 18, 5. — F. 1, *de contrah. empt.* D. 18, 1. = (2) L. 2, Cod., *de pactis inter emptor. et vendit.*, 4, 54.

Pourquoi elle ne vaut pas.

On ne pouvait pas stipuler ou promettre *post mortem suam*, parce que, disait-on, il était contraire à l'élégance du droit et à la nature des choses de faire commencer une obligation sur la personne de l'héritier. La prohibition de la stipulation *pridie quam moriar* reposait sur la même idée, car on ne peut connaître la veille de la mort d'une personne que lorsqu'elle est décédée. Justinien, comme l'indique le texte, valide cette convention, pour faire produire des effets plus étendus à la volonté des parties (1).

Stipulation prépostère.

§ 14. Item, si quis ita stipulatus est: « Si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes? » inutilis erat stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed cum Leo, inclytæ recordationis, in dotibus eamdem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimavit, nobis placuit, et huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

De même si quelqu'un stipule ainsi : « Promettez-vous de donner aujourd'hui si le navire revient d'Asie? » la stipulation est inutile, parce qu'elle est faite d'une manière prépostère. Mais comme Léon, d'illustre mémoire, avait déclaré qu'on devait admettre les stipulations prépostères dans les dots, il nous a plu de lui donner une efficacité complète, non-seulement dans la dot, mais encore dans tous les cas.

La stipulation dont parle notre paragraphe est très-bizarre; son importance consistait, sans doute, à faire courir rétroactivement les intérêts à partir du jour de la convention, lorsque la condition était accomplie (2).

2° *Contrats consensu.*

Les pactes ajoutés aux contrats consensuels s'appliquent surtout à la vente et au louage; il y en a trois qu'on cite ordinairement.

A. *La lex commissoria.*

Définition.

La *lex commissoria* est un pacte adjoint, par lequel il est convenu que si l'acheteur ne paye pas le prix à une époque déterminée, la vente sera résolue, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours à la mise en demeure (3); mais, par une application d'un principe que nous connaissons déjà, la *lex commissoria* ne produit pas son effet si le défaut de payement peut être imputé au vendeur (4).

Du reste, la résolution n'est pas forcée, on peut contraindre l'acheteur à exécuter le contrat en payant le prix; mais il faut se prononcer immédiatement, et si on avait manifesté son opinion dans un sens, on ne pouvait plus en changer (5).

Comment le vendeur la fait valoir. Ce qu'il faut rendre quand on l'intente.

Le vendeur qui use du pacte le fait valoir par l'*actio venditi*; l'acheteur est tenu de rendre la chose et les fruits qu'il a perçus *sine causa*, excepté quand le vendeur garde comme indemnité les arrhes

(1) F. 38, § 14. — F. 56, § 1, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. — L. unic. Cod., *ut actiones et ab heredib.*, 4, 11. = (2) Add. Cod., l. 25, *de testamentis*, 6, 23. = (3) F. 2, 4, § 4, *de lege commissor.* D. 18, 3. = (4) F. 8, *de lege commissor.* D. 18, 3 — F. 10, § 1, *de rescindenda vendit.* D. 18, 5. = (5) F. 4, § 2. — F. 6, § 2. — F. 7, *de lege commissor.* D. 18. 3.

et la partie du prix qui a déjà été payée (1). On pouvait enfin convenir que, si le vendeur qui reprenait la chose faute de payement n'en trouvait ensuite qu'un moindre prix, l'acheteur serait obligé de tenir compte de la différence (2).

B. *De l'addictio in diem.*

Définition.

L'*addictio in diem* est un pacte dans lequel le vendeur se réserve de revenir sur le contrat, si, dans un délai déterminé, il trouve un nouvel acheteur qui lui offre de meilleures conditions. Paul en donne un exemple : « Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si « quis intra kalendas januarias proximas meliorem conditionem fece- « rit, quo res a domino abeat. » Que ce fonds vous soit acquis pour cent, à moins qu'une autre personne n'offre au maître des conditions meilleures avant les calendes du mois de janvier prochain (3).

Effet de ce pacte, pour la propriété, pour les fruits, pour l'usucapion, etc.

Jusqu'à l'expiration du délai fixé, la condition de l'acheteur varie suivant les conventions. Les parties peuvent avoir voulu faire une vente actuellement parfaite, mais résoluble si un tiers offre un meilleur prix. Elles peuvent, au contraire, avoir eu l'intention de suspendre l'existence de la vente jusqu'à l'expiration du terme accordé au vendeur pour trouver des conditions plus avantageuses; dans ce dernier cas, la vente est elle-même conditionnelle (4).

Cette distinction a, du reste, des conséquences importantes dans la pratique. Si la vente est parfaite, que la résolution seule soit conditionnelle, l'acheteur devient immédiatement propriétaire; il peut revendiquer contre les tiers détenteurs, usucaper, consentir sous condition extinctive des gages, des hypothèques, etc.; il fait les fruits siens, mais, par contre, tous les risques de la chose sont à sa charge (5) Si c'est la vente qui est conditionnelle, l'acquéreur n'est qu'une sorte de dépositaire jusqu'à l'expiration du délai dans lequel la condition doit s'accomplir.

Conditions pour que le pacte soit applicable.

Pour que le pacte produise son effet résolutoire de la vente, il faut:

1° Qu'il y ait un second acheteur sérieux, et non pas un tiers qu'on fait intervenir frauduleusement (6);

2° Que le nouvel acquéreur rende la condition du vendeur meilleure, soit en offrant un prix plus élevé, soit en avançant l'époque du payement, soit en renonçant à la garantie, etc.; il ne faut pas, non plus, que l'augmentation de prix soit justifiée par une augmentation de la chose vendue (7);

Enfin, dans tous les cas, le premier acheteur a le droit de retenir

(1) L. 3, Cod., *de pactis inter emptor.*, 4, 54. — F. 4, § 1, *de lege commissor.* D. 18, 3. = (2) F. 4, § 3, *de lege commissor.* D. 18, 3. = (3) F. 1, *de in diem addictione.* D. 18, 2. = (4) F. 2, *de in diem addict.* D. 18, 2. = (5) F. 2, 3, 4, § 3, *de in diem addict.* D. 18, 2. = (6) F. 4, § 5. — F. 13, 14, § 1-2-3, *de in diem addict.* D. 18, 2. = (7) F. 13, § 1, *de in diem addict.* D. 18, 2.

la chose en offrant au vendeur les mêmes avantages que le tiers qu'on veut lui préférer (1).

Lorsque le pacte se réalise, l'acheteur est obligé de rendre tous les fruits, même quand il reste en possession en payant un supplément de prix, car il y a alors une seconde vente qui commence seulement au moment de la nouvelle offre (2). D'un autre côté, le vendeur qui reprend la chose doit tenir compte des dépenses faites pour sa conservation; il faut aussi qu'il rende le prix qu'il avait touché (3).

Les deux contractants font exécuter le pacte adjoint par l'*actio empti* et l'*actio venditi*.

C. *Le pacte de retro vendendo.*

Ce qu'est ce pacte.

C'est le pacte appelé dans notre code Napoléon, art. 1659, faculté de rachat ou de réméré; il est mentionnné au Code, liv. II, *de pactis inter emptorem*, 4-54, et Frag. 12, *de præscriptis verbis*, D. 19, 5.

Le vendeur se réserve le droit de racheter la chose dans un délai déterminé, et il a pour contraindre l'acheteur à revendre, soit l'action *venditi*, soit l'action *in factum præscriptis verbis*.

Condition pour l'appliquer.

Ce nouveau contrat devra réunir toutes les conditions nécessaires à l'existence de la vente. Nous ne pensons pas que le pacte *de retro vendendo* ait eu un effet rétroactif chez les Romains. La chose était revendue dans l'état où elle se trouvait au moment du second contrat; on maintenait donc les hypothèques et les autres droits réels consentis par le premier acheteur.

Pacte de *prothimeseos.*

Il ne faut pas confondre avec ce pacte une autre convention que les commentateurs appellent *pactum prothimeseos*, dans lequel le vendeur stipulait que si l'acheteur revendait la chose, il ne pourrait la céder qu'au vendeur lui-même. C'était une sorte de droit de préemption qu'on faisait respecter par l'action *venditi* (4).

TROISIÈME PARTIE.

EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Notion de la *solutio.*

Quand le débiteur a exécuté sa promesse, il est évident que le lien juridique n'existe plus; il y a *solutio*, il est délié, et c'est la notion la plus simple en matière d'extinction des obligations. Mais on arrive encore à l'anéantissement du rapport de droit par d'autres voies, dont les unes ont été établies par le droit civil et les autres par le droit honoraire.

Modes d'extinction *ipso jure exceptionis ope.*

Dans le droit romain, les modes énumérés par la loi civile mènent seuls à la *solutio* complète; tant qu'on ne les a pas employés, le créancier peut encore invoquer son titre au point de vue

(1) F. 7, 8, *de in diem addict.* D. 18, 2. = (2) F. 6, pr., § 1, *de in diem addict.* D. 18, 2. = (3) F. 16, *de in diem addict.* D. 18, 2. = (4) F. 75, *de contrah. empt.* D. 18, 1.

du droit strict: dans ces cas, le préteur et la jurisprudence venaient souvent au secours du débiteur en paralysant les poursuites qu'on pouvait diriger contre lui. C'est là ce qu'on formule ordinairement en disant : « Obligationes solvuntur aut *ipso jure* aut *exceptionis* « *ope*; » ce qui signifie : tantôt l'obligation est éteinte de manière à ne plus exister aux yeux du droit civil, tantôt c'est à l'aide des exceptions inventées par les préteurs qu'on arrive à être dispensé d'exécuter ce qu'on avait promis.

TITRE PREMIER.

Modes d'extinction des obligations d'après le droit civil.

Les jurisconsultes romains énumèrent six modes d'extinction des obligations reconnus par la loi civile : 1° la *solutio*; 2° l'acceptilation; 3° l'extinction *per æs et libram*; 4° la novation ; 5° le mutuel dissentiment dans certains cas; 6° la *capitis deminutio*.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA SOLUTIO.

Sommaire. — 1. *Ce qu'il faut entendre par* solutio. — 2. *Qui peut la faire.* — 3. *A qui?* — 4. Adjectus solutionis gratia. — 5. *Où doit avoir lieu la* solutio. — 6. *Ce qu'il faut payer pour qu'il y ait libération.* — 7. *Imputation des payements.* — 8. Datio in solutum. — 9. *Offre et consignation de la chose due.*

Le mot *solutio*, dans le sens juridique le plus exact, signifie l'accomplissement direct de l'obligation contractée. Un artiste fait un tableau promis, il y a *solutio* ; le mandataire accomplit la commission qu'on lui avait confiée, il y a *solutio*, etc. Dans le langage ordinaire, il faut cependant le reconnaître, on applique surtout le mot *solutio* aux obligations qui consistent *ad dandum* ; de même, en droit français, on dit d'une manière générale : exécuter les obligations et payer quand il s'agit de transférer la propriété d'une somme d'argent. Sens du mot *solutio*.

Pr. Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur; vel si quis, *consentiente creditore, aliud pro alio solverit.* Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo : *liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore, sive ignorante, vel invito, solutio fiat.* Item si reus solverit, etiam hi, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit : non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

Toute obligation est éteinte par l'accomplissement de ce qui est dû, ou bien si quelqu'un, du consentement du créancier, livre une chose pour une autre. Peu importe que l'exécution ait lieu par le débiteur lui-même, ou par un tiers à sa place ; il y a libération par le payement d'autrui, sans distinguer s'il a lieu au su ou à l'insu du débiteur, ou même malgré lui. De même si le débiteur principal a exécuté, ceux qui sont intervenus pour lui sont libérés. Cela est également vrai si le fidéjusseur a payé, car alors il y a libération, non-seulement pour lui, mais encore pour le débiteur principal. Instit., liv. III, tit. XXIX.

A. *Par qui doit être faite la solutio.*

La *solutio* peut être faite par un tiers, sauf quand on a eu en vue l'habileté du débiteur.

Le texte des Institutes nous apprend que la *solutio* peut être faite, soit par le débiteur lui-même, soit par un tiers, qui peut agir à l'insu de celui qui est engagé, ou même malgré lui (1). Le créancier n'est pas ordinairement admis à refuser le payement; peu lui importe la personne qui l'effectue, à moins qu'en faisant la convention, il n'ait eu en vue une aptitude toute spéciale au débiteur; s'il s'agit, par exemple, d'une œuvre d'art, comme une sculpture, ou bien quand il a voulu faire faire une chose, comme un navire, par un ouvrier dont l'habileté a été la cause déterminante du contrat. C'est ce que formule Ulpien en disant : « Inter artifices longa differentia est, et « ingenii, et naturæ, et doctrinæ, et institutionis (2). » Dans ces divers cas, les tiers ne peuvent pas venir payer pour le débiteur sans le consentement du créancier.

Celui qui paye doit pouvoir aliéner.

Il faut que celui qui paye soit capable d'aliéner; si le pupille payait sans l'assistance de son tuteur, le créancier ne deviendrait pas propriétaire des choses remises, et on pourrait les revendiquer contre lui.

Instit., liv. II, tit. VIII.

§ 2. Sed pupilli vel pupillæ solvere sine tutore auctore non possunt, quia id, quod solvunt, non fit accipientis, cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est.

Mais les pupilles des deux sexes ne peuvent pas payer sans l'assistance de leur tuteur, et ce qu'ils payent ainsi ne devient point la propriété de l'acheteur, puisqu'on ne leur permet de rien aliéner sans l'assistance de leur tuteur.

Cependant si le créancier réel a consommé les choses livrées, on lui accorde de repousser l'action *ad exhibendum* par l'exception de dol (3). Ce que nous disons du pupille doit être étendu à toutes les personnes incapables.

B. *A qui doit-on payer?*

On doit payer au créancier capable.

En principe, le payement doit être fait au créancier lui-même s'il est capable. Le débiteur doit bien prendre garde à vérifier cette capacité, car le payement fait au pupille, au prodigue ou au fou n'aurait aucune valeur, et il faudrait le refaire; mais on payait valablement au tuteur ou au curateur (4). Cependant le débiteur d'un pupille ne pouvait pas se considérer comme libéré après la *solutio* effectuée entre les mains du tuteur, car il avait encore à craindre la *restitutio in integrum*, accordée à celui dont le tuteur avait dissipé les biens. C'est pour éviter cela qu'on permettait d'exiger de l'administrateur qui demandait le payement la caution *rem salvam*

Payement fait au tuteur. *Restitutio in integrum.* Justinien donne le moyen de l'éviter.

(1) F. 53, *de solutionib.* D. 46, 3. = (2) F. 31, *de solutionib.* D. 46, 3. = (3) F. 14, § 8, *de solutionib.* D. 46, 3. = (4) F. 15, 49, *de solutionib.* D. 46, 3. — F. 5, 10, *de regul's juris.* D. 50, 17.

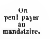
pupilli fore. Justinien vint au secours des débiteurs : en faisant intervenir le magistrat, on donnait à la *solutio* un caractère définitif, et on était à l'abri de la *restitutio in integrum*. Cela vient probablement de ce que le magistrat était chargé de surveiller spécialement l'emploi ou le placement des sommes payées en sa présence. La *solutio* des loyers et des intérêts des sommes dues n'était pas soumise à cette formalité (1).

§ 2. Si debitor pupillo solvat, necessaria est tutoris auctoritas : alioquin non liberabitur. Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos, ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, *ut prius sententia judicialis*, sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et judex pronuntiaverit, et debitor solverit, sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eandem summam petat, per exceptionem doli mali summoveri poterit ; quod si aut male consumpserit, aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur, quia temere, sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem solverit.

Si un débiteur paye à un pupille, il faut l'assistance du tuteur ; sans cela, il n'est pas libéré. Mais dans la constitution que nous avons adressée aux avocats de Césarée, à l'instigation de Tribonien, homme éminent, questeur de notre palais, nous avons décidé qu'il serait permis de payer au tuteur ou au curateur, après avoir d'abord obtenu un jugement sans frais, autorisant à le faire. Quand ceci a eu lieu, que le juge a prononcé, et que le débiteur a payé, il y a sûreté entière. Si on a agi autrement que nous ne l'avons dit, et que le pupille ait l'argent entre les mains, ou qu'il se soit enrichi, il sera repoussé par l'exception de dol s'il demande son payement une seconde fois ; mais s'il a dissipé la somme, ou s'il l'a perdue par vol, le débiteur devra être condamné, malgré le premier payement, pour l'avoir effectué sans l'assistance du tuteur, et sans avoir observé notre constitution. Instit., liv. II, tit. VIII.

Exception de dol contre le pupille.

Déjà avant Justinien on permettait de repousser par l'exception de dol le pupille qui, après avoir employé la somme reçue de manière à se trouver *locupletior*, venait cependant demander à être payé une seconde fois, sous prétexte que le tuteur n'avait pas assisté au premier payement (2).



On peut évidemment payer au mandataire constitué par le créancier (3). L'équité avait même fait déclarer valable le payement effectué entre les mains de cette personne après la révocation du mandat, si on ne la connaissait pas (4). Mais si le mandat n'avait jamais existé, le débiteur ne pouvait pas invoquer son erreur, et se prétendre libéré par le payement effectué entre les mains d'un tiers qu'il croyait mandataire ; il faudrait faire une seconde *solutio*, à moins qu'il n'y eût ratification du créancier (5).

(1) L. 25, Cod., *de administrat. tut.*, 5, 37. = (2) F. 45, *de solutionib.* D. 46, 3. = (3) F. 49, *de solutionib.* D. 46, 3. = (4) F. 12, § 2. — F. 18, 32, 51, *de solutionib.* D. 46. 3. = (5) F. 12, § 4. — F. 81, § 4. — F. 86, *de solutionib.* D. 46, 3. — L. 12, Cod., *de solutionib.*, 8, 43.

Adjectus solutionis gratia. Enfin, quelquefois on faisait figurer dans la stipulation une personne destinée à recevoir le payement, à défaut du créancier. C'est ce qu'on appelle, en droit romain, un *adjectus solutionis gratia.*

Instit., liv. III, tit. XXIX. § 4. Si quis alii, quam cujus juri subjectus sit, stipuletur, nihil agit. Plane solutio in extranei personam conferri potest (veluti si quis ita stipuletur : « Mihi aut Seio dare spondes?), » ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Seio, etiam invito eo, recte possit, ut liberatio *ipso jure* contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem.

Si on stipule pour une personne autre que celle sous la puissance de laquelle on se trouve, on fait un acte nul. Mais on peut faire porter l'exécution sur une personne étrangère. Par exemple, si on stipule ainsi : « Promettez-vous de me donner à moi ou à Séius? » de telle sorte que l'obligation est acquise au stipulant, mais on peut payer à Séius, même malgré le créancier, et il y aura libération de plein droit ; alors le stipulant aura contre Séius l'action de mandat.

Cette forme de stipulation : « Mihi AUT Seio, » est sacramentelle ; si on avait stipulé : « Mihi ET Seio, » il y aurait stipulation pour autrui, convention nulle, comme nous le savons.

Peut-on stipuler autre chose pour l'adjectus? Cette nécessité d'éviter de tomber dans la stipulation pour autrui avait fait naître deux difficultés. 1° Pouvait-on stipuler autre chose pour l'*adjectus solutionis gratia* que pour soi-même? ne fallait-il pas voir dans cette convention deux stipulations à part? On avait décidé *benigniter* que le débiteur serait libéré par le payement de cette autre chose (1). 2° Pouvait-on stipuler que l'*adjectus* serait payé dans un autre endroit que le créancier principal? On arrivait encore à résoudre la question affirmativement pour faciliter les transactions (2). *Et qu'il serait payé dans un autre lieu?*

Il était permis de choisir pour *adjectus solutionis gratia*, soit un fils de famille, soit un esclave.

Effets produits par l'adjectio. Vis-à-vis du débiteur. L'*adjectio* produisait vis-à-vis des parties les effets que voici :

Le débiteur avait le droit de payer, soit au créancier, soit à l'*adjectus*, à son choix, et il pouvait le faire, même après s'être libéré en partie entre les mains du créancier principal. Toutefois, ce droit cessait quand le stipulant avait commencé à actionner le débiteur en justice (3).

Le payement ne pouvait être fait qu'à l'*adjectus* lui-même, et non à son maître s'il était esclave, ou à son père s'il était fils de famille ; son droit s'éteignait également avec lui et ne passait pas aux héritiers (4). Cependant si l'*adjectus* était pupille ou fou, on avait admis encore, *benigniter, utilitatis causa,* qu'on pourrait faire le payement entre les mains du tuteur ou du curateur (5).

= (1) F. 141, § 5, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. — F. 34, § 2. — F. 98, § 6, *de solutionib.* D. 46, 3. = (2) F. 98, § 6, *de solutionib.* D. 46, 3. = (3) F. 57, § 1. — F. 71, 106, *de solutionib.* D. 46, 3. = (4) F. 9, 11, *de solutionib.* D. 46, 3. — F. 55, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. = (5) F. 95, § 7, *de solutionib.* D. 46, 3.

Capitis deminutio de l'adjectus.

Si l'*adjectus* éprouvait une *capitis deminutio*, pouvait-il recevoir valablement la chose due? Les textes ne semblent pas bien d'accord sur ce point. Aussi Donneau et Vinnius distinguent-ils : si la *capitis deminutio* a pour effet d'augmenter la capacité de l'*adjectus*, ils l'autorisent à recevoir; si au contraire elle le fait passer dans un état moins avantageux, ils déclarent l'*adjectio* résolue. Il nous semble qu'on doit admettre, dans tous les cas, la validité du payement. Julien le suppose formellement dans le cas d'un fils de famille qui est émancipé, après avoir été pris comme *adjectus solutionis* (1). Africain est d'un avis contraire, non pas comme application des principes, mais il regarde ce résultat comme contraire à la volonté supposée des parties; du reste, son texte n'est pas très-affirmatif (2).

Vis-à-vis de l'adjectus.

Quant à l'*adjectus*, sa constitution dans la stipulation ne le rendait pas créancier; par conséquent il ne pouvait pas agir en justice, faire un constitut, une novation, ou interroger un fidéjusseur, etc., etc. Il n'avait qu'une seule mission, c'était de recevoir la somme due, et alors il devenait comptable vis-à-vis du créancier, comme tout mandataire qui a reçu des sommes pendant l'exécution de son mandat. Du reste, l'*adjectus* n'était jamais forcé d'accepter la mission qu'on lui confiait (3).

Vis-à-vis du créancier.

Pour le créancier, la nomination de l'*adjectus* ne produisait qu'un seul effet : c'était de l'empêcher de défendre au débiteur de verser les sommes dues entre les mains du tiers désigné; il y avait un mandat irrévocable.

C. *A quelle époque et où doit-on faire la solutio?*

On doit payer à l'échéance ou après la réalisation de la condition.

Le payement doit être effectué à l'échéance du terme ou après la réalisation de la condition. Si le terme est en faveur du débiteur, il peut y renoncer et payer d'avance; il est évident qu'il n'aurait pas ce droit si le terme était en faveur du créancier (4). Quand on avait payé, par erreur, avant l'événement de la condition, on pouvait intenter la *condictio indebiti*, puisqu'on ne savait pas encore s'il y aurait ou s'il n'y aurait pas obligation (5).

On doit payer à l'endroit désigné. Action de eo quod certo loco.

Si les parties ont désigné un endroit pour le payement, le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir ailleurs; tandis qu'à l'aide de l'action *de eo quod certo loco* pour les conventions de droit strict, et par l'action même du contrat s'il est de bonne foi, le créancier peut contraindre le débiteur à payer partout où il le pour-

(1) F. 36, § 2, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. = (2) F. 38, *de solutionib.* D. 46, 3. = (3) F. 10, 98, § 5, *de solutionib.* D. 46, 3. — F. 7, § 13, *de pecunia constitut.* D. 13, 5. — F. 23, *de fidejussor.* D. 46, 1. = (4) F. 38, § 6, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. — F. 70, 98, § 4, *de solutionib.* D. 46, 3. = (5) F. 16, *de condict. indebiti.* D. 12, 6. — Cf. F. 16, *de solutionib.* D. 46, 3.

suit, sauf au juge à faire une déduction calculée sur l'intérêt que le débiteur aurait eu à payer ailleurs (1).

Quelquefois on indiquait plusieurs endroits dans la convention, soit d'une manière conjonctive, soit d'une manière alternative: 1° d'une manière conjonctive quand on disait : Je vous promets cent à Rome ET à Carthage; dans ce cas on payait la moitié de la somme dans chacune des deux villes; 2° d'une manière alternative quand on disait : Me promettez-vous cent à Rome OU à Carthage? alors le débiteur avait le choix jusqu'au moment de la poursuite intentée par le créancier; à ce moment il était obligé de choisir; autrement il aurait pu différer indéfiniment l'exécution de son obligation (2).

Où doit-on payer quand il n'y a pas de convention formelle?

Si on n'a pas désigné le lieu du payement dans la convention, on distinguait suivant la nature de l'obligation. Pour un *facere*, comme une maison à bâtir, le créancier choisissait lui-même le lieu de l'exécution (3). Dans les obligations de *dare*, pour les choses fongibles, on payait, suivant les circonstances, soit au lieu du contrat, soit au domicile du débiteur; pour les corps certains, on devait les livrer au lieu où ils se trouvaient au moment de l'échéance, à moins qu'on ne les y eût apportés par dol (4). Enfin, quand il y avait obligation de restituer, on payait à l'endroit où était la chose au moment de la *litis contestatio*, à moins encore qu'elle ne se trouvât là par dol de l'adversaire (5).

D. ***Que doit-on payer? Conditions pour que le payement soit valable.***

Il faut livrer la chose due, ou exécuter ce qui a été promis; on n'est pas admissible à offrir autre chose. S'il s'agit d'un corps certain, cela ne fait pas question, mais pour les dettes de choses fongibles, la difficulté devenait plus grande. Il nous paraît résulter des textes qu'il fallait distinguer la nature de l'acte sur lequel reposait la dette. Si l'action donnée était *bonæ fidei*, on devait exécuter *ex bono et æquo*; le créancier ne pouvait pas exiger une chose de qualité supérieure, mais le débiteur ne pouvait pas non plus livrer une chose tout à fait mauvaise; tandis que dans les actions de droit strict, on se libérait en livrant même la plus mauvaise chose, par exemple, *etiam pessimum triticum* (6).

Pour les choses fongibles il faut distinguer la nature de l'acte.

Il faut payer tout ce qui est dû.

Le payement doit être fait en totalité (7). Toutefois, cette règle recevait quelques exceptions dans la pratique, et on permettait alors de faire des payements partiels. Ainsi quand une personne poursuivie

(1) F. 2, 7, *de eo quod certo loco*. D. 13, 4. = (2) F. 2, § 3, *de eo quod certo loco*. D. 13, 4. = (3) F. 21, *de operis libertorum*. D. 38, 1. = (4) F. 2, § 4. — F. 10, § 1, 2, 4. — F. 20, *de judiciis*. D. 5, 1. = (5) F. 10, 11, 12, *de rei vindicat*. D. 6, 1. — F. 12, § 1, *depositi*. D. 16, 3. = (6) F. 52, *mandati*. D. 17, 1. — F. 72, § 5, *de solutionib*. D. 46, 3. = (7) F. 41, § 1, *de usuris*. D. 22, 1.

avouait une partie de la dette et niait l'autre, elle pouvait payer immédiatement la somme reconnue (1). Puis, par faveur pour la liberté, l'esclave affranchi à condition de payer dix à l'héritier pouvait s'acquitter par fractions de l'obligation qui lui était imposée (2). Nous savons enfin que cette division avait lieu de plein droit entre les héritiers du débiteur.

Il faut transférer la propriété de la chose.

Il ne suffisait pas de livrer la chose au créancier quand on avait promis de *dare*, il fallait en transférer la propriété; d'où il résultait que le payement fait avec la chose d'autrui était nul; le créancier pouvait, en la rendant, demander une seconde *solutio*. On suivait la même règle si la chose livrée était affectée à un gage ou grevée d'hypothèque, car le créancier devait recevoir une chose *quæ ei auferri non possit*. On ne pouvait donc pas donner en payement un esclave *statu liber*, ou soumis à une action noxale. Toutefois, si les droits réels étaient éteints avant la réclamation du créancier, ou s'il avait usucapé la chose d'autrui, la plainte ne serait plus possible (3).

E. *Effets de la solutio.*

Quand la *solutio* réunit les conditions que nous venons d'énumérer, elle éteint entièrement l'obligation, et, comme conséquence, tous les droits accessoires qui en assuraient l'exécution; ainsi la fidéjussion, le gage, l'hypothèque, etc.

Imputation des payements.

Mais il y avait un point qui pouvait faire difficulté: quand on était débiteur d'une même personne *ex variis causis*, et qu'on payait une somme insuffisante pour acquitter toutes les dettes, que fallait-il décider? On avait admis des règles, qui ont passé en partie dans le Code Napoléon, sous le nom d'imputation de payement (4).

Règles à suivre.

Si de toutes les dettes, une seule était échue, on pensait qu'on avait voulu l'acquitter (5). Si toutes étaient exigibles, et que le débiteur eût déclaré celle qu'il entendait payer, on suivait cette désignation (6). Si le débiteur n'avait rien dit, on donnait au créancier le droit d'indiquer la dette à laquelle il voulait appliquer la somme reçue (7).

Enfin, dans le silence des deux parties, on commençait par imputer la somme sur les intérêts dus, et ensuite on appliquait les trois règles suivantes. 1° On regardait comme payée plutôt la dette personnelle au débiteur que celle pour laquelle il s'était porté fidéjusseur. 2° On supposait éteintes les dettes les plus lourdes et les plus graves; ainsi celles qui auraient amené une condamnation en-

(1) F. 41, *de rebus creditis*. D. 12, 1. — F. 8, *si pars heredit*. D. 5, 4. = (2) F. 4, § 6. *de statu libert*. D. 40, 7. = (3) F. 20, 60, 69, 72, § 5-6. — F. 98, *de solutionib*. D. 46, 3. = (4) Cf. Cod. Nap., art. 1253. = (5) F. 3, § 1. — F. 103, *de solutionib*. D. 46, 3. = (6) F. 1, *de solutionib*. D. 46, 3. = (7) F. 2, 3, *de solutionib*. D. 46, 3. — L. 1, Cod., *de solutionib*. 8, 43.

traînant l'infamie, ou bien celles *quæ adversus inficiantem crescebant in duplum*. 3° Toutes choses égales, on imputait la somme payée proportionnément sur les diverses dettes (1).

APPENDICE A LA SOLUTIO.

On avait assimilé à la *solutio* deux faits dont nous devons indiquer les caractères principaux; c'étaient : 1° la *datio in solutum*; 2° l'*oblatio* et l'*obsignatio rei debitæ*.

1° *Datio in solutum*.

On entend par cette expression la tradition d'une chose autre que celle qui a été promise; ainsi une personne doit cent sesterces, et pour s'acquitter elle livre un esclave.

Le créancier n'était pas obligé d'accepter la *datio in solutum*.

Le créancier n'était jamais obligé d'accepter cette offre. Justinien déclara cependant que si le débiteur était dans l'impossibilité de payer en argent, il pourrait offrir son meilleur immeuble en le faisant estimer par le juge et en garantissant contre l'éviction. Mais si le créancier présentait un acquéreur, on lui vendait l'immeuble, et le payement s'effectuait en argent (2).

Effets de la *datio in solutum*.

Les effets de la *datio in solutum* avaient donné lieu à une discussion entre les deux écoles.

Gaius, C. III.

§ 168. Tollitur autem obligatio præcipue solutione ejus quod debeatur. Unde quæritur, si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit, utrum ipso jure liberetur, quod nostris præceptoribus placet, an ipso jure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversæ scholæ auctoribus visum est.

L'obligation est surtout éteinte par le payement de la chose due, d'où on se demande si quelqu'un, avec le consentement du créancier, paye une chose pour une autre, y aura-t-il libération de plein droit, comme le pensent les Sabiniens nos maîtres; ou bien restera-t-on obligé au point de vue du droit strict, mais avec la possibilité de repousser la nouvelle demande par l'exception de dol, ainsi que le soutiennent les Proculéiens?

Aussi les Sabiniens voyaient dans la *datio in solutum* un mode d'extinction *ipso jure*, et nous croyons leur opinion exacte; le créancier, en acceptant une chose pour une autre, opérait une novation de la dette par changement de l'objet dû, et alors il y avait une *solutio* directe. Les Proculéiens pensaient, au contraire, qu'il n'y avait libération que *exceptionis ope*.

2° *Oblatio et obsignatio rei debitæ*.

Cas où il y a lieu à l'*oblatio*.

Quand un créancier refuse de recevoir ce qui lui est dû, le débiteur ne peut pas souffrir de ce caprice; la jurisprudence lui donne le moyen de se libérer en faisant des offres réelles suivies de consignation (3).

(1) F. 1, 6, 7, 8, 97, *de solutionib*. D. 46, 3. (2) Novelle IV, ch. III. = (3) Cf. Cod. Nap., art. 1257.

Pour faire les offres, le débiteur doit être assisté de témoins; il faut : apporter les choses mobilières offertes; qu'on soit au lieu indiqué pour le payement; que le créancier ait la capacité de recevoir, et enfin que les offres comprennent le capital et les intérêts (1). Si une seule de ces conditions manquait, le créancier pouvait refuser les offres qu'on lui faisait. Conditions pour la faire.

Après le refus de l'*oblatio*, ou en l'absence du créancier, on déposait la chose ou la somme, cachetée et scellée, soit dans un temple, *apud ædem sacram*, soit dans un autre lieu désigné par le juge, *in tuto loco*. S'il s'agissait d'un immeuble, on faisait nommer un séquestre chargé de l'administration, car il ne fallait pas que le débiteur restât en possession de la chose offerte (2). *Obsignatio rei debitæ.*

L'*obsignatio*, venant après l'offre faite suivant les règles exigées, libérait tous les débiteurs principaux et accessoires. « Obsi« gnatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta, liberationem « contingere manifestum est; sed ita demum oblatio debiti libera« tionem parit, si eo loco quo debetur solutio fuerit celebrata (3). » Il est certain que la libération résulte de la consignation solennelle de toute la somme due. Mais l'offre de la dette n'amènera la libération que si elle est faite à l'endroit où la dette devait être payée.

Ici, sans aucune discussion possible, la libération avait lieu de plein droit, puisqu'on avait payé la chose même qui était due.

CHAPITRE II.

DE L'ACCEPTILATION.

Sommaire. — 1. *A quelles obligations elle s'applique.* — 2. *Formule Aquilienne.* — 3. *Effets de l'acceptilation.* — 4. *Personnes qui peuvent la faire.*

L'acceptilation est un mode d'extinction du droit civil appliqué aux obligations verbales, et consistant dans une interrogation suivie d'une réponse solennelle. Cas auxquels on applique l'acceptilation.

§ 1. Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id, si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere : *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* Et Titius respondeat : *Habeo*; sed et græce potest acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet : Ἔχεις

De même, l'obligation est éteinte par l'acceptilation. On entend par là un payement imaginaire. Si Titius veut faire la remise de ce qui lui est dû par suite d'une obligation verbale, il pourra le faire en laissant le débiteur prononcer ces paroles : « Ce que je te dois, le tiens-tu pour reçu? » Et Titius répond : « Je le tiens pour reçu. » On peut aussi faire l'acceptilation en grec, en se ser- Instit., liv III, tit. XXIX.

(1) L. 6, 19, Cod., *de usuris*, 4, 32. — L. 1, Cod., *de susceptorib.*, 10, 70.—F. 30, *de solutionib.* D. 46, 3. = (2) F. 1, § 37, *depositi.* D. 16, 3.—F. 28, § 1, *de administ. tutor.* D. 26, 7. — L. 19, Cod., *de usuris*, 4, 32. — F. 110, *de verbor. signif.* D. 50, 16.—F. 22, *soluto matrimonio.* D. 24, 3. = (3) L. 9, Cod., *de solutionib.*, 8, 43.

λαβὼν δηνάρια τόσα; Ἔχω λαβών. Quo genere (ut diximus) tantum hæ obligationes solvuntur, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ; consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sicut autem, quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest.

vant de la même formule qu'en latin : Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; Ἔχω λαβών. De cette manière, comme nous l'avons dit, on éteint seulement les obligations verbales et non les autres; il a paru rationnel d'admettre que l'obligation verbale fût éteinte par d'autres paroles. De même que ce qui est dû peut être payé pour partie, de même on peut faire une acceptilation partielle.

L'acceptilation s'appliquait également à la *promissio operarum*, que l'affranchi faisait par serment (1). On l'avait également étendue au cas où un débiteur engagé *re* avait présenté un fidéjusseur qui se liait *verbis*. L'acceptilation faite par ce dernier libérait le débiteur principal, parce qu'elle équivalait à une *solutio* (2).

Formule Aquilienne; son utilité.

Le préteur Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron, créa une formule destinée à rendre possible l'extinction de toutes les dettes par une novation qui les transformait en une obligation verbale, dont on faisait ensuite acceptilation. Il est fort à présumer qu'on avait déjà usé de la novation avant Aquilius Gallus, pour appliquer l'acceptilation aux engagements *re* ou *consensu*; mais l'utilité de la formule Aquilienne se présentait surtout quand il y avait eu entre les parties un compte ou une série d'opérations longtemps continuées. Aquilius donna le moyen de ramener tous les articles de ce compte à une seule interrogation, et on éteignait par une seule acceptilation toutes les dettes qui pouvaient exister (3).

§ 2. Est prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est : « Quicquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebit, præsens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quæque abs te petitio, vel adversus te persecutio est, erit, quodve tu meum habes, tenes, possides, possedisti, dolove malo fecisti, quominus possideas : quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. » Item ex diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium : « Quicquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum? » Respondit

On a inventé une stipulation qui est vulgairement appelée Aquilienne, par laquelle on ramène toutes les obligations à une stipulation, et on l'éteint par l'acceptilation. La stipulation Aquilienne *nove* toutes les obligations. Voici comment elle a été rédigée par Aquilius Gallus : « Tout ce que vous devez ou devrez me donner ou faire pour moi, en vertu d'une cause quelconque, actuellement ou à terme; toute chose, à l'occasion de laquelle j'ai ou j'aurai contre vous action, demande ou poursuite; ce que vous avez à moi, ce que vous tenez, possédez ou avez possédé, ou bien ce que vous avez fait en sorte par dol de ne plus posséder; quelle qu'en soit ou en doive être la valeur, Aulus Agérius a stipulé qu'on le lui payerait, et Numérius Négidius l'a promis. » Puis ensuite Numérius Négidius a interrogé Aulus Agérius : « Tout ce que je t'ai

(1) F. 13, *de acceptil.* D. 46, 4. — (2) F. 13, § 7, *de acceptil.* D. 46, 4. — (3) F. 18, *de acceptil.* D. 46, 4. — F. 4, *de transactionib.* D. 2, 15.

Aulus Agerius : « Habeo, acceptumque tuli. »

promis aujourd'hui par la stipulation Aquilienne, le tiens-tu pour reçu? » Aulus Agérius a répondu : « Je l'ai et je le tiens pour reçu. »

L'acceptilation n'est pas susceptible de modalités.

En principe, l'acceptilation n'était pas susceptible de modalités; puisqu'on en faisait un équivalent de la *solutio*, il fallait que l'obligation fût éteinte immédiatement (1). Mais on pouvait la faire pour partie, même quand il s'agissait d'un corps certain. Cependant Gaïus, C. III, § 172, présente la question comme douteuse : « An autem *in partem* acceptum fieri possit quæsitum est. »

L'interrogation doit porter sur la chose elle-même.

L'interrogation doit porter, dans l'acceptilation, sur la chose due et non sur un objet différent; quand on a stipulé *fundum*, on ferait en vain acceptilation pour une servitude ou pour l'usufruit (2).

Le préteur donne l'exception de dol.

Toutefois le préteur donnait l'exception de dol ou *pacti conventi* dans les cas où un vice de forme empêchait l'acceptilation de valoir au point de vue du droit civil, pourvu, du reste, que la volonté des parties fût clairement établie (3). Quand l'acceptilation était conforme aux règles du droit, ou lorsqu'on avait employé la formule Aquilienne, l'obligation était éteinte *ipso jure*.

Capacité pour l'acceptilation.

La capacité des personnes en matière d'acceptilation est soumise à quelques règles particulières : ainsi, la femme en tutelle ne pouvait pas la faire sans l'assistance de son tuteur.

Gaius, C. III.

§ 171. Tamen mulier sine tutore auctore acceptum facere non potest, cum alioquin solvi ei sine tutore possit.

La femme ne peut pas faire acceptilation sans l'assistance de son tuteur, bien qu'elle puisse valablement recevoir un payement.

Cela tenait probablement à l'emploi de la formule de la stipulation par les deux parties. Quand le fils de famille ou l'esclave avaient contracté un engagement, ils devaient figurer en personne dans l'acceptilation, le père et le maître n'auraient pas pu les remplacer (5). Quand ils étaient créanciers, les effets de la capacité variaient; le fils de famille pouvait consentir à l'extinction de la dette avec l'autorisation de son père, tandis que l'esclave n'aurait pas pu le faire, même avec l'ordre de son maître (6). Pour le pupille, on appliquait les principes ordinaires; il pouvait se libérer seul par l'acceptilation, mais pour libérer son débiteur, il lui fallait l'assistance du tuteur, car il diminuait son patrimoine.

On ne peut pas faire acceptilation par des représentants.

De ce que l'acceptilation était rangée parmi les actes du droit civil strict, on en avait conclu qu'elle ne pouvait pas être faite par représentants. Les tuteurs, les curateurs, les mandataires qui vou-

(1) F. 4, 5, *de acceptil.* D. 46, 4. = (2) F. 13, § 2, 3, 5. — F. 14, 15, *de acceptil.* D. 46, 4. = (3) F. 27, § 9, *de pactis.* D. 2, 14. — F. 19, *de acceptil.* D. 46, 4. = (4) F. 19, § 1, *de acceptil.* D. 46, 4. — L. 2-3, Cod., *de acceptil.*, 8, 44. = (5) F. 8, § 4, *de acceptil.* D. 46, 4. = (6) F. 22, *de acceptil.* D. 46, 4.

laient éteindre ainsi la dette, ne pouvaient arriver à ce résultat qu'en faisant une novation à la suite de laquelle ils se trouvaient personnellement créanciers ou débiteurs (1).

Comme l'acceptilation était assimilée à la *solutio*, elle pouvait être faite par l'un des *correi promittendi, vel stipulandi*, et puisqu'il n'y avait qu'une seule obligation, cet acte produisait ses effets vis-à-vis de toutes les autres parties (2).

CHAPITRE III.

EXTINCTION PER ÆS ET LIBRAM.

Sommaire. — 1. *A quelles dettes s'appliquait ce mode d'extinction.* — 2. *Quelle était sa forme.*

Dans l'ancien droit romain, on employait, pour certaines dettes, un mode d'extinction *per æs et libram*, qui a peut-être donné la première idée de l'acceptilation. Nous n'avons pas d'autres renseignements sur ce point que les paragraphes suivants de Gaïus.

Gaius, C. III. § 173. Est etiam alia species imaginariæ solutionis per æs et libram, quod et ipsum genus certis in causis receptum est; veluti si quid eo nomine debeatur, quod per *æs et libram* gestum est, sive quod *ex judicati* causa debetur.

Il y a un autre mode de payement simulé qui a lieu à l'aide de l'airain et de la balance, et ceci n'est applicable que dans certains cas; par exemple, si la dette a été contractée *per æs et libram*, ou si sa cause se trouve être une sentence.

Dettes contractées par la mancipation. Les dettes contractées à l'aide de la mancipation comprenaient le *nexum* (3), puis toutes les obligations qui naissaient après la translation de propriété opérée par la mancipation. Ainsi une personne achète un fonds de terre *per æs et libram*; la dette qu'elle contracte pourra être éteinte en employant les formalités dont nous allons bientôt parler.

On plaçait dans cette même catégorie les dettes venant du *judicatum*, à cause de la solennité de leur origine, et on y avait assimilé le legs *per damnationem*.

Choses auxquelles on applique ce mode. Gaïus remarque enfin qu'on n'appliquait ce mode d'extinction qu'aux choses fongibles, *quæ pondere et numero constant*. Pour celles *quæ mensura constant*, il y avait question, et Gaïus semble les repousser.

§ 175. Similiter legatarius heredem eo modo liberat de legato quod *per damnationem* relictum est..... De eo tamen tantum potest hoc modo liberari quod *pondere, numero* constet, et ita

Le légataire libère également l'héritier du legs qui lui a été laissé *per damnationem*... On ne peut éteindre, en employant ce mode, que les dettes qui portent sur des choses fongibles, con-

(1) F. 13, § 10, *de acceptil.* D. 46, 4.—Le F. 3 du titre *de acceptilatione* semble permettre de faire l'acceptilation par mandataire; mais Cujas et d'autres auteurs soutiennent que le texte est interpolé. = (2) F. 13, § 12.—F. 16, *de acceptil.* D. 46, 4. = (3) V. t. I, p. 155.

si *certum* sit; quidam et de eo quod mensura constat idem existimant.

sidérées comme poids et mesure, et pourvu que la quantité soit certaine; quelques personnes pensent qu'il en est de même pour les objets considérés quant à la mesure.

Quant à la forme employée pour arriver à éteindre la dette, c'était une imitation de la mancipation.

§ 174. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur : *Quod ego tibi tot millibus eo nomine, asse solvo liberoque hoc ære æneaque libra : hanc tibi libram primam postremam de lege et jure.* Deinde asse percutit libram, eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa.

On réunit cinq témoins et un *libripens*; ensuite le débiteur qu'on veut libérer doit parler ainsi : « Comme je te dois tant de mille pour telle cause, je te donne cet as pour te payer, et je suis libéré en te remettant, conformément à la loi, cette pesée, qui est la première et la dernière. » En disant cela, il frappe la balance avec un as, et il le donne, comme pour faire un payement, à celui vis-à-vis duquel il est libéré.

CHAPITRE IV.

DE LA NOVATION.

Sommaire. — 1. *Définition de la novation.* — 2. *Ses éléments.* — 3. *Formes de la novation.* — 4. *Qui peut faire une novation.* — 5. *Effets de la novation.* — 6. *Théorie de la délégation.*

§ 3. Præterea novatione tollitur obligatio. Veluti si id quod tu Seio debeas, a Titio dari stipulatus sit. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio *inutilis sit*, tamen prima novationis jure tollitur. Veluti si id, quod tu Titio debebas, *a pupillo sine tutoris auctoritate* stipulatus fuerit, quo casu res amittitur : nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. *Non idem juris est si a servo quis stipulatus fuerit* : nam tunc prior proinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione *novi* sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, *si conditio* adjiciatur novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, *si conditio extiterit*; alioquin, si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat; per hoc autem dubium erat, quando

En outre l'obligation est éteinte par la novation. Par exemple, si Séius fait promettre par Titius qu'il payera ce que vous devez. Car, par l'intervention d'une nouvelle personne, il naît une nouvelle obligation, et la première disparait, puisqu'elle est remplacée par la seconde : de telle sorte que souvent, malgré la nullité de la seconde stipulation, la première est cependant éteinte par le fait de la novation. Par exemple, si votre créancier Titius stipule d'un pupille non assisté de son tuteur ce que vous lui devez, dans ce cas la dette est perdue, car le premier débiteur est libéré, et la seconde dette ne vaut pas civilement. Il n'en est pas de même si on a stipulé d'un esclave, car le premier débiteur reste obligé comme s'il n'y avait pas eu une seconde stipulation. Mais si la personne de laquelle on stipule une seconde fois est la même, il y aura novation s'il y a quelque chose de nouveau dans la seconde obligation, par exemple, si on ajoute ou si on supprime une condition, un terme ou un fidéjusseur. Quand nous disons qu'il y a novation par l'adjonction d'une condition, cela doit s'entendre en ce sens, que la novation aura lieu si la

Instit., liv. III, tit. XXIX.

novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant : ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definivit, tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt, *alioquin* manere et pristinam obligationem, *et secundam ei accedere* ut maneat *ex utraque causa obligatio*, secundum nostræ constitutionis definitiones, quas licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

condition se réalise; sinon la première obligation continuera à exister. Les anciens admettaient qu'il n'y avait novation qu'autant que la seconde obligation avait été contractée avec l'intention de nover; quelquefois cela faisait doute, et il fallait, suivant les cas, recourir à des présomptions différentes. Pour éviter cela, nous avons rédigé notre constitution, établissant d'une manière expresse qu'il n'y aurait novation que si les parties ont déclaré formellement qu'elles contractent pour faire une novation; autrement, la première obligation continue, et la seconde vient s'y ajouter : cela, conformément aux dispositions de notre constitution, qui peuvent être facilement connues par sa lecture.

A. *Qu'est-ce que la novation?*

Définition de la novation. La novation est définie au Digeste : « Prioris debiti in aliam obli« gationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio, « hoc est cum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior « perimatur; novatio enim a *novo* nomen accepit, et a *nova* obliga« tione (1). » La novation est la transformation d'un premier engagement en une seconde dette civile ou naturelle; ceci a lieu quand on prend pour cause de la nouvelle dette l'ancienne obligation, de manière à ce que celle-ci disparaisse. La novation tire, en effet, son nom de *novus*, et de la création d'un nouveau lien juridique.

Il faut trois éléments pour faire la novation. Il faut la réunion de trois éléments pour arriver à faire une novation : 1° une obligation antérieure servant de base à l'opération; 2° la création d'un nouveau lien qui remplace l'ancien; 3° la volonté de faire une novation, sans cela il y aurait simplement adjonction de la seconde obligation à la première (2).

Peu importe que l'obligation primitive soit civile, prétorienne ou naturelle; qu'elle ait été contractée *re, verbis, litteris aut consensu :* il suffit qu'elle soit reconnue par la loi, pour qu'elle puisse servir de base à la novation; on doit donc admettre sans difficulté la possibilité de nover une obligation à terme. Mais que faut-il décider si l'engagement est conditionnel? il y a incertitude sur l'existence même du lien juridique, *spes est tantum debitum iri*; aussi avait-on décidé que la novation serait subordonnée à la réalisation de la condition; et si à ce moment la chose promise avait péri, ou si le débiteur était devenu incapable après la novation, il n'y aurait pas une seconde obligation remplaçant la première : « Et ideo si forte per« sona promissoris, pendente conditione, fuerit deportata, Mar-

(1) F. 1, *de novat.* D. 46, 2. — (2) F. 2, 6, 16, 28, *de novat.* D. 46, 2.

« cellus scribit, ne quidem existente conditione ullam contingere « novationem, quoniam nunc, cum extitit conditio, non est per- « sona quæ obligetur (1). »



La novation ne peut avoir lieu qu'autant qu'une nouvelle obligation remplace la première; ici encore peu importe que l'engagement soit civil, prétorien ou naturel. Tel est le sens qu'il faut donner au texte des Institutes : « Licet posterior stipulatio inutilis sit. » Le mot *inutilis* signifie : qui ne donne pas lieu à une action, car si le jurisconsulte avait entendu dire qu'il y a novation quand la seconde dette est entièrement nulle, il aurait commis une erreur, puisqu'il faut toujours *aliquid novum*. Cette explication est confirmée par les exemples donnés. Le pupille, comme nous l'avons vu, peut s'engager naturellement sans l'assistance de son tuteur : en ce sens, il fera une novation valable; l'esclave, au contraire, n'ayant pas de capacité personnelle, ne peut pas éteindre la première dette et la remplacer par une seconde: on regarderait cela comme rendant la condition du maître *deterior*.

Quid quand la seconde obligation est conditionnelle.

Il y avait encore difficulté lorsque, pour faire novation, on mettait une obligation conditionnelle à la place d'une obligation pure et simple. La majorité des auteurs admettait que la novation était subordonnée à la réalisation de la condition : « Non statim fit novatio, « sed tunc demum, cum conditio extiterit; » car si elle faisait défaut, la seconde dette n'existerait pas, il n'y aurait donc point *aliquid novum*. Cependant le jurisconsulte Servius Sulpicius admettait la possibilité d'une novation immédiate: pour lui, il y avait alors un contrat aléatoire qui prenait la place du premier; on remplaçait l'ancienne obligation par une chance. Mais, suivant Gaïus, cette opinion n'avait pas prévalu (2).

Volonté de nover.

Comme troisième élément, il faut, enfin, que les parties aient la volonté de faire la novation. Jusqu'au règne de Justinien, c'était une question de fait laissée à l'arbitrage des juges; mais l'empereur exigea qu'à l'avenir on fît une déclaration formelle de la novation, sans cela, il y avait simplement adjonction d'une seconde dette à la première (3).

B. *Comment fait-on la novation?*

Il y avait deux formes principalement usitées pour faire la novation, c'étaient: la stipulation et les *nomina transcriptitia a persona in personam* (4). Comme à l'époque du Digeste, le contrat

=(1) F. 8, § 1.—F. 14, § 1, *de novat.* D. 46, 2. =(2) F. 14, *de novat.* D. 46, 2.—G. C. III, § 179. =(3) F. 2, 8, § 2, 5. — F. 28, *de novat.* D. 46, 2. — F. 44, in fine, *de obligat. et act.* D. 44, 7. — Add. L. 8, Cod., *de novat.*, 8, 42. =(4) Dans certains procès, comme les *judicia legitima in personam*, la *litis contestatio* opérait également une novation dont nous parlerons en traitant des actions.

littéral est tombé en désuétude, on ne mentionne plus que la stipulation (1).

Il y avait plusieurs manières d'opérer la novation :

Novation par changement de créancier.

A. On pouvait changer le créancier seulement, pendant que le débiteur et la chose due restaient les mêmes; lorsque, par exemple, une personne venait en interroger une autre en lui disant : « Quod « Seio debes, spondesne mihi dare? » S'il y avait volonté ou ratification de Séius, la novation était parfaite (2).

Par changement d'objet.

B. La novation consistait quelquefois à changer seulement l'objet, les parties restant les mêmes.

Par changement de débiteur.

C. Le changement pouvait enfin porter uniquement sur le débiteur, et alors la novation présentera des caractères différents, suivant les circonstances.

Tantôt une personne viendra promettre ce que je dois, même malgré moi; on assimilait cet acte au payement, et on disait qu'il y avait *expromissio,* remplacement du débiteur par un autre. Cette *expromissio* pouvait avoir lieu au moment même de la naissance du lien juridique qu'on entendait nover (3).

Tantôt le débiteur désignera à son créancier une tierce personne qui le payera; il y a alors ce qu'on appelle une délégation, manière de faire la novation qui était soumise à des règles spéciales, que nous exposerons après l'explication des principes de la novation ordinaire.

Il est évident qu'on peut changer tous les éléments que nous venons de mentionner, et avoir tout à la fois un nouveau créancier, un nouveau débiteur, et un nouvel objet de la dette.

Novation par changement des éléments accidentels.

D. Le texte des Institutes porte qu'il y a aussi novation quand on fait une seconde stipulation, dans laquelle il y a quelque chose de nouveau, et Gaïus confirme cette notion :

Gaïus, C. III.

§ 177. Sed si eadem persona sit a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio, vel sponsor aut dies adjiciatur aut detrahatur.

Si la personne de laquelle on stipule est la même, il y a novation lorsqu'on met quelque chose de nouveau dans la seconde stipulation ; par exemple, si on ajoute ou si on ôte une condition, un *sponsor* ou un terme.

Justinien, dans son paragraphe, a mis le mot *fidejussor* à la place de *sponsor,* car cette institution n'était plus en usage. Ce changement a fait naître une difficulté : le fidéjusseur peut intervenir avant, pendant, et après le contrat, dont il garantit l'exécution, tandis que le *sponsor* devait intervenir au moment même de la convention. Faut-il en conclure que les rédacteurs des Institutes ont commis une

(1) F. 2, *de novat.* D. 46, 2. = (2) F. 22, *de novat.* D. 46, 2. = (3) F. 8, § 5, *de novat.* D. 46, 2. — F. 4. § 3, *de re jud cata.* D. 42, 1.

erreur? nous ne le pensons pas. Le sens fondamental de la phrase se trouve dans les mots *posterior stipulatio*. On a refait une nouvelle convention en y ajoutant une modalité qui n'existait pas dans la première; il y a donc novation, puisqu'on est tenu en vertu d'une nouvelle convention, mise à la place de l'ancienne. Cependant les Proculéiens, qui admettaient ce résultat pour l'adjonction d'un terme ou d'une condition, le repoussaient quand il s'agissait du *sponsor*.

§ 178. Sed quod de sponsore dixi, non constat; nam diversæ scholæ auctoribus placuit, nihil ad novationem proficere sponsoris adjectionem aut detract[at]ionem.

Mais ce que nous avons dit du *sponsor* n'est pas admis par tout le monde, car il a été décidé par les auteurs de l'autre école que l'adjonction ou le retranchement d'un *sponsor* ne constituait pas une novation.

Le raisonnement des Proculéiens était celui-ci : quand il y a adjonction d'un sponsor, tous les éléments de l'obligation restent les mêmes, seulement un tiers intervient pour assurer la solution; le contrat reste donc le même, avec cette seule modification que le créancier est plus sûr d'être payé. Justinien adopte l'opinion des Sabiniens; il admet que l'adjonction d'un fidéjusseur opérera novation.

Gaïus fait remarquer qu'on peut opérer plusieurs novations à l'aide d'une seule stipulation (1).

C. *Qui peut faire une novation?*

Il faut la volonté du créancier.

La novation ne peut pas avoir lieu sans la volonté du créancier, parce qu'il est toujours intéressé à ce que la seconde dette lui présente autant de garanties que la première : ce sera donc, avant tout, du créancier que pourra venir la novation; sans lui elle est impossible.



Quand il y a plusieurs personnes qui peuvent recevoir le payement, on admet ordinairement que chacune d'elles peut nover la dette; il n'y a d'exception que pour l'*adjectus solutionis gratia*, et le mandataire constitué *ad exactionem tantum* (2). Comme conséquence, on admettait que l'un des *correi stipulandi* pouvait faire la novation, puisqu'il avait le droit de recevoir le payement; on donnait également ce droit au tuteur, au curateur d'un fou, et au *procurator omnium bonorum* (3).

Le pupille et l'interdit ne peuvent pas nover, puisqu'en aliénant la première obligation, ils font leur condition moins bonne; cependant, si cette opération améliorait leur état, Pomponius admettait la

(1) F. 34, § 2, *de novat.* D. 46, 2. = (2) F. 10, *de novat.* D. 46, 2. — L. 4, Cod., *de novat.*, 8, 42. = (3) F. 20, § 1. — F. 31, § 1.— § 34, § 1, *de novat.* D. 46, 2.

validité de l'acte : par exemple, dans le cas où, par novation, un débiteur du pupille changeait une obligation naturelle en obligation civile (1).

Le fils de famille et l'esclave avaient le droit de faire la novation, par ordre ou du consentement du chef de famille; l'autorisation était toujours supposée, quand ces personnes avaient reçu la *libera peculii administratio* (2). Dans les autres cas, le fils de famille pouvait nover les dettes qu'il avait contractées lui-même. Mais l'esclave seul ne pouvait le faire : « Adjicit potius obligationem quam pristi- « nam novat; » son défaut de capacité l'empêchait de rendre la condition du maître *deterior*, en faisant disparaître la première dette.

D. *Effets de la novation.*

La novation éteint la première obligation, et avec elle toutes les sûretés accessoires qui en garantissaient l'exécution : ainsi les gages, les hypothèques, les fidéjussions. Cependant ce résultat n'est pas produit, quand la seconde stipulation a précisément pour but d'ajouter de nouvelles sûretés à celles qui existaient déjà (3).

APPENDICE A LA NOVATION. — THÉORIE DE LA DÉLÉGATION.

A. *Définition, conditions et formes de la délégation.*

Définition.

Ulpien définit ainsi l'acte désigné sous le nom de délégation : « Delegare est vice sua *alium reum* dare creditori, vel cui jusse- « rit (4). » Déléguer, c'est présenter à sa place un autre débiteur au créancier ou à la personne qu'il indique; ainsi, Séius doit mille à Titius, il lui présente Sempronius qui s'engage à payer en son lieu et place; il y a délégation.

Conditions d'existence.

Pour que la délégation existe, il faut le concours de trois volontés : 1° la volonté du créancier, qui va recevoir un nouveau débiteur, et auquel on ne peut pas imposer ce changement; 2° la volonté du débiteur déléguant, qui est ordinairement créancier du tiers délégué, ou qui lui donne mandat de payer pour lui; 3° la volonté de ce tiers, parce qu'une fois la délégation acceptée, il ne pourra plus opposer au nouveau créancier les exceptions dont il pouvait se servir contre l'ancien (5).

Formes de la délégation. Stipulation. *Litis contestatio. Nomina transcriptitia.*

La forme de la délégation varie suivant les personnes qu'on envisage.

(1) Arg. F. 3, *de novat.* D. 46, 2. = (2) F. 16, 20, 34, *de novat.* D. 46, 2. — F. 48, § 1, *de peculio.* D. 15, 1. = (3) F. 18, 27, 30, *de novat.* D. 46, 2. — F. 3, 12, § 5, *qui potiores*, 20, 4. — Add. F. 11, § 1, *de pignerat. act.* D. 13, 7. = (4) F. 11, *de novat.* D. 46, 2. = (5) L. 1, 6, Cod., *de novat.*, 8, 42.

Le délégant manifeste sa volonté d'une manière quelconque, *scriptura vel nutu*; ou bien il donne mandat à un tiers (1).

Mais entre le délégué et le créancier, il faut un acte civil faisant naître le lien juridique. Ces actes seront avant tout : 1° la stipulation (2); 2° la *litis contestatio*, dans les formules où elle opère novation (3); 3° on pouvait enfin employer la forme du *nomen transcriptitium a persona in personam*. « Veluti, dit Gaïus, si id quod « mihi Titius debet, tibi expensum tulero, id est, si Titius te dele- « gaverit mihi (4). » Si on n'a pas employé l'une de ces formes, le délégué ne devient pas débiteur du créancier délégataire; il n'y a donc pas novation. Nous en trouvons un exemple remarquable dans le F. 28, *de pecunia constituta*. D. 13, 5. « Ubi quis pro alio « constituit se soluturum, adhuc is pro quo constituit obligatus « manet. » Quand une personne s'engage par constitut à payer pour une autre, cette dernière n'est pas libérée, parce que le constitut n'est pas un acte civil.

On peut déléguer tout débiteur, quelle que soit la cause de sa dette, ou même une personne qui ne doit rien, si elle accepte la délégation.

B. *Effets de la délégation.*

Pour bien comprendre les effets de la délégation, il faut diviser en trois parties les explications sur ce point.

1° Effets entre le délégant et le créancier :

Le délégant est libéré par l'acceptation que fait le créancier de la délégation; cependant, l'acte intervenu entre ces deux parties peut avoir un double caractère. Tantôt le créancier stipulera aux risques et périls du délégant, et alors, si la dette n'est pas payée, il y aura recours contre l'ancien débiteur (5); à moins, bien entendu, que le créancier ne soit en faute; par exemple, s'il a mis du retard à poursuivre le débiteur qui est devenu insolvable dans l'intervalle. Dans ce cas, il y a ce qu'on appelle en droit français une délégation imparfaite. Tantôt, au contraire, le créancier stipule à ses risques et périls, *ipsius periculo*, et alors il court toutes les chances de l'insolvabilité du nouveau débiteur, on ne lui doit aucune garantie quand il y a éviction des gages et des hypothèques, on dit de lui : « Bonum « nomen fecit (6). » En principe, on suppose qu'il y a délégation parfaite et que les risques sont pour le créancier; il faut une déclaration expresse pour qu'on admette le contraire (7). Il y a cependant discussion pour le cas où la femme s'est constitué une dot par délégation. Des auteurs veulent alors suivre la règle générale, et mettre

La délégation peut être parfaite ou imparfaite.

(1) F. 17, *de novat.* D. 46, 2. = (2) F. 11, § 1, *de novat.* D. 46, 2. = (3) F. 23, *de solutionib.* D. 46, 3. = (4) G. C. III, § 130. = (5) F. 22, § 2, *mandati.* D. 17, 1. = (6) F. 45, 37, *mandati.* D. 17, 1. — F. 68, *de evictionib.* D. 21, 2. = (7) F. 18, *de fidejussorib.* D. 46, 1.

les risques à la charge du mari qui a accepté la délégation (1). D'autres pensent qu'il y a, pour la dot, un droit tout particulier, et que, sauf pacte contraire, les risques sont pour la femme. Elle s'est constitué une dot pour contribuer aux charges du ménage; il faut qu'elle accomplisse son obligation (2). Nous croyons cette dernière opinion plus exacte : les risques seront donc pour la femme, à moins qu'il n'y ait faute du mari, ou acte indiquant de sa part la volonté de prendre la créance à sa charge (3).

2° Effets entre le délégué et le créancier :

Le délégué ne peut plus opposer les exceptions.

Le délégué qui a promis est tenu de payer, même quand il ne devait rien au délégant; s'il était débiteur, la délégation fait naître une nouvelle dette, il y a donc extinction des sûretés accessoires, à moins de convention contraire. Si on avait des exceptions à opposer au délégant, on ne pouvait plus s'en servir contre le nouveau créancier, si ce n'est quand il s'agissait d'invoquer l'exception de minorité, ou quand on opposait le sénatus-consulte Velléien. Les textes sont formels sur ce point. On refusait les exceptions au délégué, parce que le poursuivant ne fait que réclamer ce qui lui est dû, il veut *suum recipere*; mais si ce motif venait à manquer et que le délégataire agît *ex causa donationis*, ou s'il n'était pas réellement créancier du délégant, on pouvait user des exceptions. (4). Le débiteur délégué ne pouvait pas opposer l'exception de la loi Cincia, s'il avait d'abord promis à une personne non exceptée plus que la loi ne permettait de donner, et qu'il eût ensuite accepté la délégation vis-à-vis de l'un des créanciers du donataire (5); car celui-ci venait recevoir ce qui lui était dû. Il en était de même pour le bénéfice de compétence; enfin le débiteur délégué qui avait emprunté pendant qu'il était fils de famille ne pouvait plus opposer l'exception du sénatus-consulte Macédonien (6).

Quant au mineur de vingt-cinq ans qui s'est engagé et qu'on délègue ensuite comme débiteur, il faut distinguer : si la délégation est acceptée avant la majorité, le mineur se fera restituer contre les deux actes; mais si l'acceptation a lieu après la majorité, il y a novation, et on ne peut plus opposer l'exception qui se rapportait à la première convention (7).

3° Effets entre le délégant et le délégué :

Le délégué est libéré vis-à-vis du délégant à partir de son acceptation; dès lors il ne lui doit plus d'intérêts (8). S'il a accepté

(1) F. 6, *de pactis dotalib.* D. 23, 4. = (2) V. F. 41, § 3, *de jure dotium.* D. 23, 3; et le traité de M. Pellat *sur la dot*, p. 164. = (3) F. 35, 41, § 3. — F. 49, *de jure dotium.* D. 23, 3. = (4) Arg. F. 7, pr., § 1, *de doli mali exceptione.* D. 44, 4. = (5) F. 5, § 5, *de exceptione doli mali* D. 44, 4. = (6) F. 19, 33, *de novat.* D. 46, 2. — F. 19, § 1. — F. 41, *de re judicata.* D. 42, 1. Pour le sénatus-consulte Velléien, V. F. 2, § 3. — F. 5, 13, 22, *ad sc. Velleianum.* D. 16, 1. = (7). F. 19, *de novat.* D. 46, 2. = (8) F. 27, *de novat.*, 46, 2.

la délégation comme mandataire, il se fera rembourser par l'action *mandati*.

Si le délégué avait des exceptions à opposer au délégant, il faut distinguer deux hypothèses : quand il accepte sciemment la délégation, *similis est donanti*, il renonce tacitement à toutes les exceptions dont il pouvait user, sauf pour le sénatus-consulte Velléien. Si, au contraire, le délégué a accepté la délégation sans connaître l'existence des exceptions, il peut, quand il les découvre, agir contre le délégant, soit pour obtenir sa libération, s'il n'a pas encore payé, soit pour se faire rembourser, s'il a déjà acquitté la dette. Enfin, si le délégué était un donateur qui aurait payé *ultra modum legis Cinciæ*, il pourrait intenter une action contre le délégant pour se faire libérer : « In id quod superest (1). »

Il faut bien se garder de confondre la délégation avec la cession de créance, qui a lieu par le *mandatum in rem suam*, donné à une tierce personne contre un débiteur. En effet : Il faut distinguer la délégation de la cession de créance. Différences.

1° Le cédant reste créancier jusqu'à la *litis contestatio*, et même au delà, quand il n'y a pas novation ; le délégant perd immédiatement cette qualité ;

2° Le cédant peut encore poursuivre le débiteur, malgré le mandat donné, le délégant ne le peut plus ;

3° La cession a lieu sans la volonté du cédé ; il faut que le délégué accepte ;

4° Le cessionnaire non payé a toujours recours contre le cédant, sauf convention contraire : dans le silence des parties, on suppose la délégation parfaite ;

5° Le cédé oppose au cessionnaire toutes les exceptions venant du cédant ; nous avons vu qu'il en est autrement pour le délégué, quand il a accepté la délégation.

CHAPITRE V.

EXTINCTION DES OBLIGATIONS PAR LE MUTUEL DISSENTIMENT.

Sommaire. — 1. *Cas dans lesquels il y a extinction par le mutuel dissentiment.* — 2. *Condition pour que cela ait lieu.* — 3. *Que faut-il décider pour les pactes?*

§ 4. Hoc amplius : hæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, *contraria voluntate* dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde, *re nondum secuta*, id est neque pretio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione et venditione : invicem liberantur. Idem est et in conductione et locatione et in

Enfin, les obligations qui naissent du simple consentement sont éteintes par la volonté contraire. Car si Séius et Titius sont convenus entre eux que Séius achèterait le fonds Tusculan pour cent *aurei*, et qu'ensuite, avant l'exécution du contrat, c'est-à-dire avant le payement du prix ou la tradition du fonds, il ait plu aux parties de revenir sur ce contrat de vente, ils sont mutuellement libérés. Il en est de même Instit., liv. III, tit. XXIV.

(1) F. 5, § 5, *de exceptione doli mali.* D. 44, 4. — F. 21, § 1, *de donat.* D. 39, 5.

omnibus contractibus qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.

pour le louage et tous les autres contrats qui naissent directement du consentement.

Il y a dans ce paragraphe une application directe du principe posé par Ulpien : « Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque « dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tol- « litur; nudi consensus obligatio contrario consensu solvitur (1). » Rien n'est plus naturel que de dissoudre une obligation, en employant les mêmes moyens que pour la faire naître ; ainsi l'obligation verbale est éteinte par des paroles, ainsi l'obligation purement consensuelle est éteinte par une volonté contraire. Seulement le texte des Institutes exige une condition essentielle. Il faut que les choses soient encore *integræ*, qu'il n'y ait pas eu exécution de la part de l'un ou l'autre des contractants; autrement, le nouvel accord des parties ne servirait pas à détruire le contrat, mais bien à le remplacer par un nouveau. Dans le cas des Institutes, si Titius avait déjà été mis en possession du fonds Tusculan, et qu'il intervînt une nouvelle convention, on pourrait dire que ce serait une revente faite par Séius.

Il faut que les choses soient encore en état.

On s'est demandé si la règle applicable aux contrats consensuels pouvait être étendue aux pactes : il semble que la réponse devrait être affirmative, et cependant Paul nous apprend qu'il faut décider autrement : « Pactus ne peteret, postea convenit ut peteret. Prius « pactum per posterius *elidetur*; *non quidem ipso jure*, sicut « tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in « stipulationibus *jus* continetur, in pactis *factum* versatur (2). » S'il y a eu un pacte *ne peteret*, et qu'ensuite on convienne que le créancier pourra agir, le second pacte sert à éluder le premier; mais non pas de plein droit, comme une stipulation annule une stipulation, si on a cette intention, parce que dans la stipulation on soulève une question de droit, et que dans le pacte il s'agit d'une question de fait.

Quel est l'effet du mutuel dissentiment pour les pactes.

Cette solution tient surtout à la formule. L'exception de pacte était conçue *in factum*, telle convention a-t-elle eu lieu ? Si on s'en était tenu là, le juge aurait été obligé de répondre affirmativement; il fallait donc poser en question nouvelle, en réplique, *le fait* de savoir s'il y avait eu une convention contraire. Cependant, quelquefois, comme dans l'action de vol et d'injure, le simple pacte éteignait le droit et l'obligation *ipso jure*.

(1) F. 35, *de regulis juris*. D. 50, 17. = (2) F. 27, § 2, *de pactis*. D. 2, 14.

CHAPITRE VI.

EXTINCTION DES OBLIGATIODS PAR LA CAPITIS DEMINUTIO.

§ 3. Pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur, et, si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus, bona, quæ eorum cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, possidere et legitimo modo ea disponere.

L'adrogeant n'est pas tenu de payer les dettes de celui qu'il adroge; mais il sera poursuivi au nom de son fils, et s'il refuse de le défendre, nos magistrats permettront aux créanciers de saisir et de vendre, conformément à la loi, les biens dont les adrogés auraient eu la propriété et l'usufruit, s'ils ne s'étaient pas soumis à la puissance d'autrui. Instit., liv. II, tit. x.

D'après le droit civil pur, la *capitis deminutio* faisant de l'adrogé une nouvelle personne, le débiteur n'existait plus, ses dettes devaient donc disparaître. La *capitis deminutio*, comme nous le savons, faisait aussi cesser toutes les obligations résultant de l'agnation, et une partie des droits attachés au titre de patron.

L'adrogation éteint les dettes, sauf pour les successions acceptées.

Toutefois si les dettes de l'adrogé étaient la suite d'une adition d'hérédité, l'adrogeant qui prenait l'actif de la succession devait également en payer le passif. Pour les dettes personnellement contractées par l'adrogé, elles étaient considérées comme n'existant pas; on voulait éviter qu'un père ne se trouvât lié malgré lui par les conventions de son fils de famille. Gaïus énonce ces principes dans un paragraphe mutilé de son troisième Commentaire, § 84, et il les reproduit dans le passage suivant de son quatrième Commentaire :

§ 38. Præterea aliquando adversarium fingimus nostrum capite deminutum non esse; nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit, et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit jure civili debere nobis, nec directo intendere jure licet dare cum eamve oportere; sed ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.

Quelquefois nous feignons que notre adversaire n'a pas été *capite deminutus;* car si une personne obligée vis-à-vis de nous *ex contractu* a éprouvé une *capitis deminutio*, par exemple, la femme quand il y a *coemptio*, et l'homme par l'adrogation, elle cesse de nous devoir, suivant le droit civil, et nous ne pouvons plus diriger directement contre elle l'*intentio : Dare eum eamve oportere*; mais pour éviter qu'on ne puisse ainsi détruire notre droit, on a introduit contre ces personnes une action utile, dans laquelle on suppose qu'il n'y a pas eu *capitis deminutio*. Gaïus, C. IV.

Fiction prétorienne qui suppose qu'il n'y a pas eu *capitis deminutio*.

Ainsi, à l'aide d'une action fictice, on évitait les effets de la *capitis deminutio*, et on pouvait poursuivre l'adrogé. A l'époque de Justinien, ce détour est inutile, et on agit directement contre l'adrogé si l'adrogeant ne veut pas payer les dettes antérieures à l'adoption.

Il est bien entendu que ce mode d'extinction ne s'appliquait pas aux obligations venant *ex delicto* ou *quasi ex delicto*. Ulpien disait :

Cela ne s'applique pas aux délits.

« Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit (1); » personne ne peut se soustraire à la responsabilité de ses délits, même par la *capitis deminutio*. L'adrogeant et le *coemptionator* ne pouvaient se dispenser de payer, autrefois, qu'en faisant l'abandon noxal, et à l'époque de Justinien, ils ne peuvent même plus user de ce moyen (2).

TITRE II.

Paralysie de l'obligation.



Nous comprenons sous cette expression des événements qui, sans détruire l'obligation elle-même, en rendent l'exécution matériellement impossible. Abstractivement, la dette existe toujours; elle peut même, dans certaines circonstances, reprendre tous ses effets et donner lieu à une action; mais pour le moment on ne comprend pas comment on pourrait en effectuer la *solutio*. C'est le cas d'appliquer la règle : « Impossibilium nulla obligatio. »

Il y a surtout deux cas dans lesquels on retrouve cette paralysie de l'obligation : 1° quand il y a perte de la chose due, *interitus rei debitæ*; 2° confusion des titres de créancier et de débiteur dans la même personne.

CHAPITRE PREMIER.

INTERITUS REI DEBITÆ.

Sommaire. — 1. *A quelles dettes s'applique ce mode d'extinction.* — 2. *Diverses manières dont une chose peut être perdue.* — 3. *Cas où la chose revient à son premier état.* — 4. *Circonstances dans lesquelles la perte ne libère pas le débiteur.* — 5. *Théorie de la mora.*



Il faut remarquer d'abord que toutes les règles dont nous allons nous occuper ne peuvent être appliquées qu'à des corps certains, comme l'esclave Sempronius, un cheval déterminé, l'argent qui est dans tel coffre, etc. Lorsqu'il s'agit de choses fongibles, « quæ « numero, mensura, vel pondere constant, » la dette ne peut pas s'éteindre par la perte de l'objet sur lequel elle porte : « Genera « non pereunt. » Si le débiteur a perdu les choses qu'il destinait au payement de son obligation, il doit s'en procurer d'autres (3).

Il y a cependant exception à cette règle dans les deux hypothèses que voici : 1° pour le *nauticum fenus*; bien qu'on ait prêté une somme d'argent *in genere*, si le navire ou les marchandises données en gage viennent à périr, la dette est éteinte; 2° quelquefois, au contraire, l'obligation qui a pour objet un corps certain n'est pas

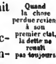
(1) F. 2, § 3, *de capite minutis*. D. 4, 5. = (2) Instit., liv. IV, tit. VIII, § 7. = (3) Cf. F. 37, *de verbor. obligat*. D. 45, 1, et l. 11, Cod., *si certum*, 4, 2.

éteinte par la perte de la chose due, quand la tradition en a été faite avec estimation. Ainsi dans les cas du commodat et de la dot (1).

Dans tous les autres cas, le débiteur d'un corps certain ne peut pas être poursuivi quand la chose a péri sans qu'on ait rien à lui reprocher, c'est en ce sens qu'on dit qu'il y a libération.

La chose due peut périr matériellement : si l'esclave meurt, si la maison brûle.

La perte peut être en quelque sorte légale quand l'objet devient sacré ou religieux, quand l'esclave a été affranchi ou pris par l'ennemi (2).



Mais que fallait-il décider si la chose perdue légalement revenait à son premier état?

Les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir été bien d'accord sur ce point. Ils admettent tous que, si l'esclave pris par l'ennemi revient ensuite dans le patrimoine du débiteur, on pourra exiger la solution. Mais si l'esclave affranchi rentre en servitude, la règle sera-t-elle la même? non, disent les rédacteurs du Digeste, dans certains fragments, c'est un homme nouveau, on ne peut pas prétendre qu'il ait jamais fait l'objet d'une obligation. Celsus pensait, au contraire, que la dette renaissait. Il y a là une antinomie qui repousse toute conciliation (3).

Lorsqu'il s'agissait d'une maison démolie, d'un navire détruit et reconstruit avec les mêmes matériaux, les jurisconsultes distinguaient encore, suivant l'intention du propriétaire : s'il avait détruit la chose avec la volonté d'employer les matériaux à la reconstruire, la dette existait encore; sinon, elle était éteinte, sauf à demander des dommages et intérêts au débiteur.



Il y a trois circonstances dans lesquelles la perte de la chose due n'opère pas libération.

1° Quand il y a eu fait du débiteur; il doit alors l'estimation de la chose détruite, et souvent des dommages et intérêts. Toutefois, si on avait eu juste sujet de tuer un esclave promis, soit parce qu'il menaçait la vie de son maître, soit parce qu'on l'avait surpris commettant un crime, la dette était éteinte sans qu'on eût à payer aucune indemnité (4). On avait étendu la responsabilité du débiteur, même au cas où il ignorait que la chose fût due; ainsi l'héritier qui tuait ou affranchissait l'esclave légué, même sans connaître le legs, devait payer l'estimation au légataire qui la demandait par une action utile. S'il y avait eu dol du débiteur, on intentait contre lui l'action

(1) F. 5, § 3, *commodati*. D. 13, 6. — F. 18, *de jure dotium*. D. 23, 3. — F. 50, 51, *soluto matrimonio*. D. 24, 3. = (2) F. 83, § 5, *de verbor. obligat*. D. 45, 1. — F. 98, § 8, *de solutionib*. D. 46, 3. = (3) F. 27, *de adimendis legatis*. D. 34, 4. — F. 83, § 5, *de verbor. obligat*. D. 45, 1. — F. 98, § 8, *de solutionib*. D. 46, 3. — F. 79, § 2, 3, *de legatis*, 3°. D. 32. = (4) F. 4, 5, *ad leg. Aquil*. D. 9, 2 — F. 96, *de verbor. obligat*. D. 45, 1.

ad exhibendum, pour le faire condamner *ex jurejurando adversarii* (1).

2° Quand la perte arrivait sans le fait, mais par la faute du débiteur.

Nous savons déjà qu'on répondait de sa faute d'une manière plus ou moins rigoureuse, suivant les circonstances. Nous renvoyons aux explications données dans ce volume, pages 78 et suivantes.

Théorie de la mora.

3° Enfin, la perte de la chose due pèse sur le débiteur quand il est *in mora*, en demeure.

Définition de la mora.

La demeure est le retard injuste que le débiteur apporte à payer ce qu'il doit, ou le créancier à recevoir ce qui lui est dû. On dit d'une manière générale : « Mora est fraudulosa dilatio. »

C'est une question de fait.

La question de savoir si on est en demeure est surtout une question de fait laissée à l'appréciation du juge ; c'est lui qui est chargé d'examiner si on a eu raison de retarder le payement ou de refuser la somme offerte, soit à cause de l'incapacité de l'autre partie, soit parce qu'il y avait impossibilité d'opérer la libération ; aussi Antonin le Pieux disait-il dans un rescript : « An mora facta intellegatur neque « constitutione ulla, neque juris auctorum quæstione decidi posse ; « cum sit magis facti quam juris (2). »

La mora vient de la personne ou ex re.

La *mora* a lieu le plus souvent par le fait de la personne, *ex persona* : « Si interpellatus opportuno loco non solverit. » Elle peut aussi procéder quelquefois *ex re* par la nature de l'obligation, qui ne pouvait être exécutée qu'à un moment donné. Ainsi une personne a promis de fournir des vivres à une légion qui passe : si elle manque d'accomplir son obligation au jour indiqué, elle est *in mora* ; peu importe que le lendemain elle offre sa fourniture, il sera trop tard.

Comment on est constitué in mora.

On est constitué en demeure par une simple *interpellatio*, ou par la *vocatio in jus*. « Hic moram videtur fecisse qui litigare maluit « quam restituere (3). »

Tant que le créancier n'a pas mis le débiteur en demeure, il est présumé avoir voulu lui accorder un nouveau délai. Du reste, pour être constitué *in mora*, il faut que la poursuite soit possible : « Ubi nulla « petitio est, nulla intelligitur mora fieri ; » aussi, dans les obligations naturelles, et dans toutes les autres, tant que le terme ne sera pas arrivé ou la condition réalisée, on ne peut pas dire qu'il y ait demeure de l'une des parties (4).

Mora ipso jure.

Dans certains cas, on est *in mora ipso jure*, sans qu'il soit nécessaire de faire une *interpellatio*. 1° Quand on a stipulé que le

(1) F. 91, § 2, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. — F. 25, § 2, *ad sc. Trebellian.* D. 36, 1. — F. 63, *de legatis*, 2°. D. 31. = (2) F. 34, *de usuris*. D. 22, 1. = (3) F. 32, *de usuris*. D. 22, 1. — F. 23, 82, § 1, *de verbor. obligat.* D. 45 1. — F. 86, § 3, *de legatis*, 1°. D. 30. = (4) F. 137, § 2, *de verbor. obligat.* D. 45, 1.

payement aurait lieu à une époque déterminée, surtout quand on a joint à la stipulation un clause pénale, ou bien si la chose ne pouvait être utilement livrée ou l'acte accompli qu'à un moment déterminé ; on dit alors : « Dies interpellat pro homine (1). » 2° Quand on doit à un mineur : « In minorum persona, re ipsa et ex solo tem- « pore tardæ pretii solutionis, recepto jure, moram fieri creditum « est. » Quand on est débiteur d'un mineur, il a été admis, en droit, que le seul fait d'être en retard pour le payement constituerait la mise en demeure (2). 3° Quand un associé s'est emparé de l'argent de la société. 4° Le voleur doit toujours être considéré comme étant en demeure de rendre la chose volée. 5° Il en est de même pour la personne qui s'est violemment emparée d'un immeuble (3).

Les risques sont pour celui qui est *in mora*. *Quid* si la chose eût également péri chez le créancier?

En ce qui touche la perte de la chose due, les effets de la *mora* sont de mettre les risques à la charge de celui qui est en demeure (4). Cependant si la chose eût dû périr également chez le créancier, le débiteur n'est pas tenu de la payer malgré la demeure. Il y a, toutefois, des difficultés sur ce point ; ne pourrait-on pas dire, en effet, que si la chose due avait été livrée, le créancier l'aurait peut-être vendue avant qu'elle eût péri (5)? et même en restreignant cette considération aux cas formellement prévus par les textes, ne faut-il pas dire que les voleurs et tous ceux qui ont possédé par violence devront être tenus dans tous les cas? Les jurisconsultes sont encore en divergence sur ce dernier point. Pour l'affirmative, on dit que tous les textes où il est parlé de la possession entachée de vol ou de violence posent en principe la responsabilité, même dans le cas d'événements fortuits, et sans distinguer si la chose aurait également péri chez le créancier comme chez le débiteur. Ainsi Ulpien dit : « Semper moram fur facere videtur ; » Pomponius ajoute d'une manière générale : « Etiamsi sine dolo malo et culpa ejus interierit res, « condictione tamen tenetur. » Lors même que la chose périt sans le dol ou sans la faute du voleur, il est cependant tenu de la *condictio furtiva*. Dioclétien pose encore le même principe : « Tam ad raptorem « quam ad furem periculum redundabit, et uterque eorum pœna « legitima coercebitur. » Les risques seront pour le ravisseur et le

Discussion pour le voleur.

(1) F. 9, § 1, *de usuris*. D. 22, 1. — F. 38, *de negot. gestis*. D. 3, 5. — F. 4, § 4, *de lege commissor*. D. 18, 3. — L. 12, Cod., *de contrah. stipulat.*, 8, 38. = (2) L. 3, Cod., *in quibus causis*, 2, 41. = (3) F. 1, § 1, *de usuris*. D. 22, 1. — F. 20, *de condict. furtiva*. D. 13, 1. — F. 1, § 34. — F. 19, *de vi*. D. 43, 16. — L. 7, Cod., *de condict. ob turpem*, 4, 7. = (4) Pour le débiteur, V. F. 23, 82, § 1. — F. 114, *de verbor. obligat*. D. 45, 1. — F. 15, § 3, *de rei vindicatione*. D. 6, 1. — F. 47, § 6. — F. 108, § 12, *de legat.*, 1°. D. 30. — Pour le créancier qui refuse de recevoir ce qui lui est dû, V. F. 105, *de verbor. obligat*. D. 45, 1. — F. 72, *de solutionib*. D. 46, 3. = (5) F. 14, § 1, *depositi*. D. 16, 3. — F. 12, § 4, *ad exhibend*. D. 10, 4. — F. 56, *de jure dotium*. D. 23, 3. — F. 15, § 3, *de rei vindicatione*. D. 6, 1.

voleur qui seront en outre punis des peines établies par la loi (1).

Pour la négative, on oppose le F. 14, § 11, *quod metus causa*, D. 4, 2. Si, après la condamnation du quadruple, l'esclave enlevé par violence vient à mourir sans qu'il y ait dol ou faute du débiteur, qui n'est pas encore en demeure, alors, porte le texte : « A *rei* condemnatione relaxabitur. » On sera dispensé de payer la valeur de la chose, dans l'espèce de l'esclave ; mais on fait remarquer que c'est là un cas tout spécial, et que le condamné reste toujours obligé à payer la peine du triple (2).

Mise en demeure du créancier.

Si c'est le créancier qui est en demeure de recevoir ce qui lui est dû, les risques sont à sa charge, et le débiteur n'est plus responsable que de son dol : « Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere cœpit, jam non culpam, sed *dolum malum* tantum præstandum a venditore. » Il faut savoir que lorsque l'acheteur est en demeure, le vendeur ne répond plus que de son dol (3).

Comment cesse la *mora*.

La *mora* du débiteur est purgée par l'offre de toute la chose due, pourvu que le créancier ait encore intérêt à la recevoir (4). Le créancier cesse d'être en demeure quand il consent à recevoir la chose due. La novation est encore une manière de faire disparaître la *mora* avec toutes ses conséquences (5).

CHAPITRE II.

DE LA CONFUSION.

Sommaire. — *Qu'est-ce que la confusion ? — 2. Ses effets quant à la dette elle-même et à ses accessoires.*

Définition de la confusion.

On entend, en droit, par confusion, la réunion des qualités de créancier et de débiteur dans la même personne.

Si je dois une somme d'argent à Paul, et que je devienne son héritier, il est évident qu'il y a paralysie du droit ; je ne peux pas me payer moi-même. La confusion peut se présenter dans diverses hypothèses qu'il faut examiner.

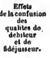
Cas divers de confusion.

1° Le créancier succède au débiteur ; il y a dans ce cas extinction totale de la dette, l'adition équivaut à la *solutio* ; d'où cette conséquence, que tous les débiteurs accessoires, comme les fidéjusseurs ou les *mandatores pecuniæ credendæ*, sont entièrement libérés (6).

2° Le débiteur succède au créancier ; le résultat est le même. Du

(1) Cf. F. 7, § 2 — F. 8, § 1. — F. 16, 20, *de condict. furtiva*. D. 13, 1. — F. 80, *de furtis*. D. 47, 2. — L. 2. Cod., *de condict. furtiva*, 6, 2. — L. 9, Cod., *de furtis*, 6, 2. — F. 1, § 4, *de vi armata*. D. 43, 16. = (2) V. M. Pellat, *Traité de la revendication*, p. 471. — (3) F. 5, 17, *de periculo et commodo*. D. 18, 6. — F. 9, *soluto matrimonio*. D. 24, 3. — F. 72, *de solutionib*. D. 46, 3. = (4) F. 33, *de usuris*. D. 22, 1. — F. 91. § 3. *de verbor. obligat*. D. 45, 1. = (5) F. 8, § 14, *de novat*. D. 46, 2. — F. 72, *de solutionib*. D. 46, 3. = (6) F. 95, § 2, *de solutionib*. D. 46, 3.

reste, dans ces deux cas, s'il y a plusieurs héritiers, l'extinction de la dette n'aura lieu que dans la proportion des droits qui appartiennent en propre à celui sur la tête duquel s'opère la confusion (1). Si le débiteur est héritier pour un quart, il y a extinction d'un quart de la dette.


Effets de la confusion des qualités de débiteur et de fidéjusseur.

3° Il peut arriver que, par la confusion, les qualités de débiteur et de fidéjusseur soient réunies. En principe, la qualité accessoire disparaît, alors le fidéjusseur héritier devient débiteur principal (2), si bien qu'il peut invoquer les moyens de libération dont pouvait argumenter le défunt, par exemple, les *restitutiones in integrum* (3). Il y avait cependant des circonstances dans lesquelles la confusion ne produisait pas cet effet. Si le débiteur d'une dette naturelle y avait fait accéder un fidéjusseur qui lui succédait ensuite, la fidéjussion continuait à exister, parce qu'elle permettait au créancier d'intenter une action. Ce résultat aurait lieu réciproquement si le débiteur principal devenait l'héritier du fidéjusseur, l'action *ex stipulatu* serait donnée contre celui qui devait naturellement (4). On peut formuler ainsi cette règle : quand il y a réunion sur la même tête d'une obligation civile et d'une obligation naturelle, c'est l'obligation civile qui survit à la confusion. Dans le même ordre d'idées, si la femme qui avait intercédé pour une personne devient son héritière, elle sera débitrice personnelle et elle ne pourra plus invoquer le sénatus-consulte Velléien (5).

Enfin, remarquons que s'il y a confusion de deux obligations civiles, l'une principale, l'autre accessoire, et que le fidéjusseur ait donné un gage, on conservera encore son obligation plutôt que celle du débiteur principal (6). On ne veut pas faire souffrir le créancier du cas fortuit qui réunit les deux qualités.

La confusion peut cesser quelquefois, et alors le droit renaît. Ceci a lieu, par exemple, dans les cas suivants : Quand cesse la confusion.

1° Quand on vend à un tiers l'hérédité par l'adition de laquelle il y avait eu confusion, alors tous les droits réels et personnels renaissent contre l'acquéreur (7) ;

2° L'héritier testamentaire qui est obligé de rendre la succession, parce que les enfants exhérédés ont triomphé dans la *querela inofficiosi testamenti*, reprend aussi les droits éteints par l'adition de l'hérédité (8);

3° Le mineur qui se fait restituer contre une acceptation de suc-

(1) L. 6, Cod., *de heredit. actionib.*, 4, 16. = (2) F. 5, *de fidejuss.* D. 46, 1. = (3) F. 95, § 3, *de solutionib.* D. 46, 3. — F. 19, *de minorib.* D. 4, 4. — F. 6, *de in integrum restitutionib.* D. 4, 1. = (4) F. 21 § 2, *de fidejussor.* D. 46, 1. — F. 95, § 3, *de solutionib.* D. 46, 3. = (5) F. 95, § 2, *de solutionib.* D. 46, 3. = (6) F. 38, § 5, *de solutionib.* D. 46, 3. = (7) F. 2, § 18-19, *de heredit. vendit.* D. 18, 4. — L. 7, Cod., *de pactis*, 2, 3. = (8) F. 21, § 2, *de inofficioso testamento.* D. 5, 2.

cession, fait, par cela même, cesser tous les effets de la confusion (1).

4° Sous Justinien, le bénéfice d'inventaire empêche la confusion (2).

Cas de l'indignité. Il faut noter également que si l'héritier est écarté de la succession comme indigne, il ne reprend pas l'exercice des droits qu'il avait contre le défunt. « Indigno herede pronuntiato, adempta hereditate, « confusas actiones restitui non oportet. » Quand un héritier a été déclaré indigne et qu'on lui a enlevé la succession, il ne faut pas lui rendre les actions éteintes par la confusion (3); mais ses dettes renaîtront contre lui, pour éviter qu'il ne se trouve enrichi par suite de la qualité d'héritier, qu'on lui a cependant enlevée.

TITRE III.

Modes d'extinction fondés sur l'équité.

Ce titre contient une série de modes établis par la jurisprudence et le droit prétorien. C'est à leur occasion qu'on dit surtout : les obligations s'éteignent *exceptionis ope*. En effet, au point de vue du droit civil, la dette existe toujours, mais l'équité s'opposant à son exécution, on emploie des moyens détournés pour l'éviter.

CHAPITRE PREMIER.

DES PACTES CONTRAIRES.

Sommaire. — 1. *Que faut-il entendre par pactes contraires? — 2. Leurs effets. — 3. A qui profitent-ils?*

Ce que c'est que le pacte contraire. On entend par pacte contraire, *pactum de non petendo* ou *ne petatur*, la convention non solennelle par laquelle les parties conviennent que le débiteur sera dispensé d'accomplir son obligation.

Quelquefois ils éteignent l'obligation. Ordinairement ils donnent lieu à une exception. Parmi ces conventions, il y en a qui éteignent radicalement les obligations civiles; ainsi quand il y avait eu vol ou injure, par un simple pacte, on pouvait libérer l'auteur du délit; la loi des douze Tables portait : « Si membrum rupit ni *cum eo pascit*, talio esto (4). » Pour les autres obligations civiles, le pacte contraire ne faisait naître qu'une exception *pacti conventi*, qu'on opposait à la demande du créancier; et s'il y avait eu pacte *ne omnino peteretur*, le droit prétorien accordait même la *condictio indebiti* à celui qui avait payé par erreur, sans opposer l'exception (5).

Le créancier seul capable peut faire le pacte ne petatur. Le pacte *ne petatur* ne pouvait être fait que par le créancier seul, et encore il fallait qu'il eût la capacité nécessaire pour disposer de la créance; ainsi le pupille renonçait en vain à son droit, s'il n'était pas assisté de son tuteur. L'esclave et le fils de famille étaient

(1) F. 87, § 1, *de adquirenda heredit.* D. 29, 2. = (2) L. 22, § 9, Cod., *de jure deliberandi*, 6, 30. = (3) F. 8, 17, *de his quæ ut indignis*. D. 24, 9. = (4) Add. F. 17, § 1, *de pactis*. D. 2, 14. = (5) V. F. 26, § 3, *de condict. indebiti*. D. 12, 6.

également incapables de convenir qu'ils ne demanderaient pas ce qui est leur était dû, à moins qu'ils n'eussent la *libera peculii administratio*, et même dans ce cas, le pacte était nul s'il cachait une donation. Enfin ce pacte était également interdit au curateur d'un fou ou d'un prodigue (1).

Le pacte profite aux fidéjusseurs.

Le pacte du débiteur principal profitait ordinairement au fidéjusseur, à moins que les parties n'eussent entendu en restreindre l'effet à celui qui avait fait la convention; on disait alors qu'il y avait *pactum in personam* (2); on admettait enfin que le fidéjusseur pouvait, en faisant le pacte, acquérir l'exception de dol au débiteur principal et aux autres cofidéjusseurs (3).

Cas des *correi debendi*.

Pour les *correi debendi*, on distinguait diverses hypothèses. Si le pacte était relatif, *in personam*, les autres codébiteurs ne pouvaient pas l'invoquer. S'il était général, *pactum in rem*, et que les *correi* fussent en société, il profitait à tous les intéressés; car ceux qui auraient payé seraient ensuite venus demander leur remboursement aux auteurs du pacte *ne petatur*, qui n'en auraient donc pas profité complétement. En l'absence de société, le pacte même *in rem* produisait des effets essentiellement relatifs (4).

Cas où l'on revient sur le pacte *ne petatur*.

Il y a sur ce point une dernière question à examiner: quand, après un pacte *ne petatur*, on fait une nouvelle convention pour rendre au créancier le droit d'agir, *ut petatur*, quel est l'effet de ce changement de volonté? Paul distingue : pour les obligations que le pacte détruit entièrement, comme l'obligation de vol et d'injure, et pour les contrats de bonne foi, le nouveau pacte ne fait pas renaître le lien juridique; s'il s'agit de contrats de droit strict, pour lesquels le pacte faisait naître seulement une exception, le jurisconsulte pense que l'obligation revient à son état primitif; à tel point, que les fidéjusseurs ne peuvent plus invoquer le premier pacte. Au contraire, Anthianus pensait que le premier pacte faisait acquérir aux fidéjusseurs un bénéfice dont on ne pouvait plus les priver malgré eux (5).

CHAPITRE II.

DE LA COMPENSATION (6).

Sommaire. — 1. *Définition de la compensation.* — 2. *Ce qu'elle était à Rome.* — 3. *Cas de l'argentarius et de la deductio.* — 4. *Effet de l'exception de dol pour les contrats de droit strict.* — 5. *Conditions et effets de la compensation à l'époque de Justinien.*

Définition.

Modestin définit la compensation : « Debiti et crediti inter se contributio; » la balance établie entre deux dettes et deux créances réciproques.

(1) F. 28, pr., § 1-2, *de pactis*. D. 2, 14. = (2) F. 21, § 5. — F. 22, *de pactis*. D. 2, 14. = (3) F. 25, § 2. — F. 26, *de pactis*. D. 2, 14. = (4) F. 25, pr., § 1, *de pactis*. D. 2, 14. = (5) F. 27, § 2. — F. 62, *de pactis*. D. 2, 14. = (6) V., sur la compensation, un excellent article de notre ami Frédéric Duranton, dans la *Revue* de M. Valette.

Exemple.

Voici un exemple où la notion se trouve établie : Paul achète une maison qui lui est vendue par Titius, et il ne paye qu'une portion du prix ; il reste débiteur d'une somme de vingt mille francs. Quelque temps après, il est évincé, et il fait condamner le vendeur à lui payer des dommages et intérêts; le voilà donc tout à la fois créancier et débiteur. Il en est de même pour l'autre partie.

Principe de justice et d'utilité sur lequel est fondée la compensation.

L'admission de la compensation dans la loi et dans la jurisprudence est fondée sur un double principe : 1° l'idée de justice, car celui qui se trouve être débiteur n'agit pas d'une manière équitable en poursuivant une personne qui a également une créance contre lui; 2° l'idée d'utilité : il vaut mieux se payer par ses mains, quand on doit soi-même à son débiteur, que de commencer par lui compter une somme d'argent, sauf à aller ensuite faire valoir sa créance. On évite ainsi les chances d'insolvabilité résultant, soit de la mauvaise administration du débiteur, soit du concours des autres créanciers avec lesquels on viendrait recevoir seulement un dividende.

La compensation n'a été admise que peu à peu chez les Romains.

Chez les Romains, ces principes n'ont été admis que successivement. La compensation, d'abord restreinte à un petit nombre de cas, a pris dans la jurisprudence une extension toujours croissante, et à l'époque de Justinien, on ne refuse de l'admettre que dans des hypothèses tout à fait exceptionnelles.

La compensation n'éteint pas les dettes *ipso jure*.

Mais il faut bien remarquer qu'à aucune époque, la compensation n'a été à Rome un mode d'extinction des obligations *ipso jure*, comme la *solutio* ou la novation ; elle était seulement une manière d'éviter, en tout ou en partie, qu'un débiteur fût condamné quand il était en même temps créancier du poursuivant. En un mot, elle ne fut jamais un effet légal, mais bien un effet judiciaire résultant d'une sorte de demande reconventionnelle.

Les Institutes mentionnent la compensation dans les deux paragraphes qui suivent.

Instit., l. IV, tit. VI.

§ 39. Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debebatur : namque ex bono et æquo, habita ratione ejus, quod invicem actorem *ex eadem causa* præstare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est.

§ 30. In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem præstare oporteat, eo compensato, in reliquum ei is, cum quo actum est,

Les compensations opposées produisent ordinairement cet effet, que le demandeur obtient moins qu'il ne lui était dû ; car le juge, après avoir déterminé, conformément à l'équité, ce que le demandeur doit en vertu de la même cause, condamne le défendeur au surplus, comme cela a déjà été dit.

Dans les actions de bonne foi, le juge a le droit d'examiner, conformément à l'équité, ce qu'il faut rendre au demandeur. On le calcule de telle sorte que si le demandeur doit payer quelque chose de son côté, on ne condamne le défendeur que pour le surplus. D'après un

condemnari debeat. Sed et in strictis judiciis, ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium esse credidimus, ne sub prætextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur.

rescript de Marc-Aurèle, la compensation était admise, dans les actions de droit strict, à l'aide de l'exception de dol. Mais notre constitution a encore étendu plus loin les compensations fondées sur un droit évident, et nous avons voulu qu'elles diminuassent de plein droit, les actions soit *in rem*, soit *in personam*, soit toutes autres, à l'exception de l'action de dépôt, à laquelle nous avons pensé qu'il était impie d'opposer la compensation, en refusant, sous ce prétexte, la restitution des choses déposées.

Reprenons la filiation historique de la compensation. Jusqu'à l'époque de Justinien, elle n'avait pas lieu dans les actions *in rem* destinées à faire constater les droits de propriété ou de servitude; quand on revendiquait sa chose, on devait triompher sans que le juge eût à examiner si le propriétaire était débiteur du possesseur, ou bien s'il détenait lui-même une chose qui appartenait au défendeur. Historique de la compensation.

Dans les actions *in personam*, on n'admettait la compensation que si le *judicium* était de bonne foi, et de plus quand les deux dettes réciproques avaient une même origine, quand elles venaient *ex eadem causa*. Cela ne pouvait se présenter que dans les actes faisant naître des engagements *ultro citroque*, comme la vente, le louage, la société; puis dans la tutelle, la gestion d'affaires, etc. La partie poursuivie devait faire accepter sa prétention par le *judex*; du reste, la reconvention n'était pas forcée, et si le juge avait omis de tenir compte de la compensation, ou si les parties ne l'avaient pas proposée, le débiteur condamné exerçait à son tour l'action qui lui appartenait. « Si rationem compensationis judex non habuerit, « salva manet petitio (1). » Action de bonne foi; *ex eadem causa*.

§ 63. In his quidem judici nullo modo est injunctum compensationis rationem habere, neque enim formulæ verbis præcipitur; sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri creditur.

Dans ce cas, il n'est aucunement imposé au juge de tenir compte de la compensation; les paroles de la formule ne le lui ordonnent pas expressément; mais comme cela paraît conforme à la bonne foi, on le regarde comme comprise dans son office. Gaius, C. IV.

Gaïus cite cependant deux cas dans lesquels on compensait, bien que les actions ne fussent pas de bonne foi et que les dettes ne vinssent pas *ex eadem causa*.

§ 64. Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur; nam is cogitur cum compensatione agere, ita ut compensatio verbis formulæ com-

Il en est autrement quand l'action est intentée par un *argentarius*, car il est contraint d'agir de telle sorte que la compensation soit comprise dans les Cas de l'*argentarius*; nécessité pour lui de compenser.

(1) F. 7, § 1, *de compensationib.* D. 16, 2.

prehendatur. Itaque argentarius ab initio compensatione facta minus intendit sibi dare oportere; ecce enim si sestertium X millia debeat Titio, atque ei XX debeat Titius, ita intendit : si paret Titium sibi X millia dare oportere amplius quam ipse Titio debet.

paroles de la formule. Donc, l'*argentarius* prétend qu'il lui est dû, en ayant soin d'établir la compensation dès l'origine; si, par exemple, il doit dix mille sesterces à Titius, qui lui en doit vingt mille, il devra faire rédiger ainsi son *intentio :* s'il paraît que Titius doive lui donner dix mille sesterces de plus que lui-même ne doit à Titius.

Ainsi, voilà une compensation forcée dans le cas d'une action résultant du *mutuum* d'argent; peu importe la cause de la créance du client contre son banquier : le jurisconsulte ne distingue pas.

Deductio après la vente en masse.

Le second cas se présente lorsqu'il y a eu vente en masse des biens d'une personne, et que l'acheteur agit contre un des créanciers du failli, soit *ficto se herede*, soit par une action Rutilienne, dont Gaïus nous a conservé le caractère (1). On donne ici le nom de *deductio* au calcul établi entre les parties.

§ 65. Item debet cum deductione agere, velut bonorum emptor, ita ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest deducto eo quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur.

De même on doit agir avec déduction, comme le *bonorum emptor*, de telle sorte que l'adversaire soit condamné seulement à ce qui restera dû, déduction faite de la somme qu'il faut lui payer au nom du failli.

Pour bien comprendre le paragraphe de Gaïus, il faut se rappeler que les biens du débiteur insolvable étaient vendus aux enchères et adjugés à celui qui offrait la plus forte somme aux créanciers. Ici il se trouve que le *bonorum emptor* avait une créance contre une personne qui était elle-même créancière du failli, et à laquelle, par conséquent, il doit payer un dividende. Dès lors, quand il agira, il devra déduire de ce qu'il a prêté la somme dont il est lui-même débiteur.

§ 66. Inter compensationem autem quæ argentario interponitur, et deductionem quæ objicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur QUOD EJUSDEM GENERIS ET NATURÆ EST, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino : adeo ut quibusdam placet, non omnimodo vinum cum vino, aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si ejusdem naturæ qualitatisque sit. In deductionem autem vocatur et quod non est ejusdem generis : itaque si pecuniam petat bonorum emptor, et invicem frumentum aut vinum tibi debeat, deducto eo quanti id erit, in reliquum experitur.

Entre la compensation imposée à l'*argentarius* et la déduction opposée à l'acheteur des biens, il y a cette différence, qu'on ne fait figurer dans la compensation que des choses de même genre et de même nature, comme de l'argent avec de l'argent, du blé avec du blé, du vin avec du vin; si bien que des auteurs n'admettent pas qu'on puisse compenser d'une manière générale du vin avec du vin, ou du blé avec du blé, ils exigent encore que ces choses soient de même nature et qualité. Dans la déduction, au contraire, on fait intervenir des choses de nature différente. Si donc le *bonorum emptor* demande de l'argent, et qu'il vous doive de son côté du froment ou du vin, il faut agir, déduction faite de la valeur de ces objets.

(1) G. C. IV, § 35.

Dans ce paragraphe, Gaïus indique une autre condition exigée de son temps : pour qu'on admît la compensation, il fallait que les choses dues fussent de même nature et de même qualité. Dans la compensation les choses doivent être de même nature.

§ 67. Item vocatur in deductionem et id quod *in diem* debetur : compensatur autem hoc solum quod *præsenti* die debetur.

De même, on fait entrer en déduction même ce qui est dû à terme ; on compense seulement les dettes actuellement exigibles.

Ainsi, il résulte des divers passages que nous venons de traduire, qu'à l'époque de Gaïus, quatre conditions étaient nécessaires pour qu'il y eût lieu à la compensation. 1° Que les deux dettes vinssent *ex eadem causa*; cependant il est bien probable qu'en pratique on ne s'en tenait pas rigoureusement à cette unité d'origine, car dans le § 66, nous venons de voir qu'on devait compenser « vinum cum « vino, triticum cum tritico ; » or on ne comprend pas ce que serait un contrat synallagmatique dans lequel les deux parties se promettraient réciproquement du vin de même nature, etc. Il faut donc admettre que l'unité de cause ne se rapporte qu'aux anciens temps de la jurisprudence. 2° L'action doit être de bonne foi. 3° Il est indispensable que les choses dues soient de même nature. 4° Il faut qu'il y ait exigibilité des deux dettes, c'est-à-dire terme échu ou condition réalisée.

Les avantages de la compensation devaient pousser à l'étendre aux cas auxquels elle ne s'appliquait pas encore, et ce progrès fut réalisé par un rescript de Marc-Aurèle. Il décida que dans les actions *stricti juris*, le défendeur pourrait faire valoir la compensation à l'aide de l'exception de dol. A l'époque d'Ulpien, c'est un principe généralement proclamé; aussi le jurisconsulte admet-il la compensation dans le cas de la *condictio furtiva*, de l'action noxale, de la stipulation, etc., actes qui constituent des *judicia stricti juris* (1). Extension de la compensation aux actions de droit strict. Exception de dol.

Dans ces actions, nous pensons que pour opposer l'exception de dol, il fallait que les deux dettes fussent de même nature et exigibles.

Quelques auteurs se sont demandé si celui auquel on opposait l'exception de dol perdait son procès par plus-pétition; mais à notre avis, cette question doit être résolue négativement. Marc-Aurèle, en permettant d'opposer ainsi la compensation, avait en vue d'obvier aux rigueurs du droit strict; il n'est donc pas à présumer qu'il ait voulu se montrer aussi sévère pour les particuliers qu'on le faisait pour les *argentarii* (2). La question est du reste décidée expressément par Théophile, dont Otto Reitz traduit ainsi les paroles : « Sed facta est constitutio Marci imperatoris, quæ ait me stricta « actione conventum de solidis *decem*, cum mihi deberentur quin- L'exception de dol ne fait pas encourir la plus-pétition.

(1) F. 10, §, 2-3, *de compensationib* D. 16, 2. = (2) V. G. C. IV, § 68.

« que, posse actioni opponere exceptionem doli, atque hac opposita « exceptione, judici occasio datur admittendi compensationem, et « *in solos quinque* solidos condemnandi. »

Cependant, même après le rescript de Marc-Aurèle, il fallait faire figurer l'exception de dol dans la formule; sans cela le juge n'aurait pas pu tenir compte de la compensation.

A partir de Dioclétien, la compensation opère *ipso jure*. Ce que cela signifie.

Sous Dioclétien, le système formulaire est aboli avec l'*ordo judiciorum*; il n'y a plus ni formule ni exceptions à faire insérer, l'équité devient la règle dominante. On peut donc prononcer qu'il y a compensation dans les contrats de droit strict, comme dans les contrats de bonne foi. C'est alors aussi qu'on trouve dans les textes ces expressions : La compensation opère *ipso jure*, de plein droit. Quel sens faut-il leur donner?

Sens en droit français.

En droit français, l'article 1290 du Code Napoléon porte que la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs. Il y a donc là un effet légal indépendant de la volonté des parties; et comme conséquence, celui qui a payé sciemment, malgré la compensation, n'a plus que la *condictio indebiti* pour se faire rendre la somme comptée (1).

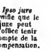
Sens en droit romain.

En droit romain, même à l'époque de Justinien, ces mots *ipso jure* n'ont jamais eu un sens aussi absolu; la compensation n'a jamais eu pour effet d'éteindre complétement les deux dettes, à l'insu même des parties; il résulte des textes que cet avis n'était pas celui même des rédacteurs du Code. Ils ont en effet présenté comme loi à suivre un rescript de Dioclétien dans lequel il est dit : « Redditis his « quæ venerant in compensationem, *non indebiti soluti repetitio, sed* « *ante debiti competit exactio* (2). » Si vous avez payé des choses à l'occasion desquelles vous auriez pu opposer la compensation, vous exercez non pas la *condictio indebiti*, mais l'action que vous aviez avant le payement.

La compensation *ipso jure*, dans le sens français, produirait encore deux effets repoussés par les textes du droit romain. D'abord s'il y avait des *correi debendi*, la compensation existant du chef de l'un devrait libérer tous les autres, car il y aurait *solutio*, extinction de la dette unique; et cependant on ne permet aux *correi* d'invoquer la compensation du chef les uns des autres qu'autant qu'ils sont associés (3). Puis il faudrait dire que le débiteur qui se laisserait condamner sans opposer la compensation, et qui payerait sur l'action *judicati*, n'aurait plus recours, puisque, d'un côté, il ne pourrait plus exercer l'action éteinte par la compensation, et que, de-

(1) Cod. Nap., art. 1299. = (2) L. 13, Cod., *de compensationib.*, 4, 31. = (3) F. 10, *de duobus reis*. D. 45, 2.

l'autre, on n'a pas la répétition de l'indû quand on a payé à la suite d'un jugement (1). Or ces résultats sont formellement repoussés par le rescript de Dioclétien et par les textes du Digeste auxquels Justinien a attribué force de loi.



Le sens des mots *ipso jure* est seulement celui-ci : le magistrat peut tenir compte de la compensation sans que les parties opposent l'exception de dol; il suffira qu'il connaisse l'existence des deux dettes pour établir la balance et prononcer la condamnation *in id quod superest*. Ce résultat ne pouvant exister que sous le système des *judicia extraordinaria*, il faut en conclure que tous les textes antérieurs dans lesquels on retrouve la mention de l'effet produit *ipso jure* ont été interpolés par les auteurs de la compilation justinienne.



Toutefois, par un motif d'équité, on faisait rétroagir la compensation quand elle avait été admise. On arrêtait les intérêts jusqu'à concurrence de la somme la plus faible, à partir du moment où les deux dettes avaient existé simultanément. Ceci remonte du reste à l'époque de l'empereur Sévère (2).

Fallait-il encore, à l'époque de Justinien, que les choses fussent de même nature, « vinum cum vino, triticum cum tritico, etc. ? » Nous ne le pensons pas : le juge a un pouvoir illimité pour balancer les deux dettes, quelles que soient leur nature et leur origine. Nous nous fondons, pour admettre cette dérogation aux règles posées par Gaïus, sur ce que l'empereur permet d'opposer la compensation même dans les cas d'action *in rem*; or comment supposer que deux personnes se doivent réciproquement une maison, un bois, un étang, etc.?... Dans la législation de Justinien, la compensation est un moyen d'équité à l'aide duquel on permet à un juge de terminer deux procès d'un seul coup, soit sur la demande des parties, soit de sa propre autorité; il fera les appréciations *ex bono et æquo*, puis il prononcera sa sentence, et alors il y aura libération jusqu'à concurrence de la somme la plus faible. On peut dire qu'à ce moment la dation en payement peut avoir lieu en justice, car par le moyen de la compensation, on arrive à payer *rem pro re*. Voici, selon nous, un exemple du système de Justinien. Séius doit trente mille solides à Sempronius; celui-ci se trouve détenteur d'une maison valant vingt mille solides et appartenant à son débiteur. Quand Séius intentera l'action en revendication, Sempronius lui répondra : Je vous oppose la compensation pour vingt mille solides; vous allez encore m'en payer dix mille, et nous serons libérés l'un vis-à-vis de l'autre. Il est permis de douter que ce système soit bon au point de

(1) F. 74, § 2, *de judiciis*. D. 5, 1. — F. 36, *familiæ erciscundæ*. D. 10, 2. — L. 1, Cod., *de condictione indebiti*, 4, 5. = (2) L. 4, Cod., *de compensationib.*, 4, 31.

vue législatif, et nous préférons, pour notre part, les règles qui ont été consacrées par le Code Napoléon.

Conditions de la compensation à l'époque de Justinien.

Mais Justinien exige toujours que les dettes soient échues et liquides : « Aperto jure nitentes, non multis ambagibus innodatis; » ce qui signifie des dettes dont il soit facile d'établir l'existence et le montant. Alors, à l'époque du code, nous dirons que la compensation est soumise seulement à deux conditions : 1° que les dettes réciproques soient échues; 2° qu'elles soient liquides. La cause peut être différente, et il n'est pas nécessaire que la nature des objets dus soit la même.

A. ***Quelles étaient les dettes à l'occasion desquelles on admettait la compensation?***

Toute dette civile, prétorienne ou naturelle, pouvait servir de base à une compensation : « Etiam quod natura debetur venit in « compensationem, » dit Ulpien. Cela se comprend, puisque l'on fait valoir la compensation comme défense dans les actions de bonne foi, et à l'aide de l'exception de dol dans les actions de droit strict.

Dettes pour lesquelles on n'admettait pas la compensation.

Cependant certaines dettes faisaient exception à la règle. Ainsi, les impôts en argent ou en nature devaient être payés sans qu'on pût opposer la compensation au fisc; il y avait là une raison d'intérêt général (1). On avait mis sur la même ligne les sommes prêtées à terme fixe par le trésor public, *ex Kalendario*, et les fidéicommis laissés aux cités de l'empire romain (2).

A l'époque de Justinien, nous trouvons encore trois cas dans lesquels on refuse d'admettre la compensation : 1° quand il y a eu dépôt; 2° le cas où l'on s'est emparé sans droit du terrain d'autrui (3); 3° le commodataire qui ne peut pas garder la chose prêtée à l'aide de la compensation (4) : « Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. »

Pour terminer cet exposé sommaire des principes de la compensation, nous devons faire deux remarques : d'abord le délai de grâce accordé au débiteur n'empêche pas d'user de ce mode de défense (5); enfin, on ne peut pas opposer en compensation la créance d'autrui, il faut être personnellement créancier. Il n'y a d'exception à cette règle que pour les fidéjusseurs et les *correi debendi* qui sont associés; les premiers peuvent toujours invoquer la créance du débiteur, les seconds peuvent faire valoir l'exception qui appartiendrait à leurs associés (6).

(1) F. 46, § 5, *de jure fisci*. D. 49, 14. — F. 20, *de compensationib.* D. 16, 2. = (2) L. 3, Cod., *de compensationib.*, 4, 31. = (3) L. 14, § 1-2, *de compensationib.*, 4, 31. = (4) L. 4, Cod., *commodati*, 4, 23. = (5) F. 16, § 1, *de compensationib.* D. 16, 2. = (6) F. 5, 16, 18, § 1. — F. 23 *de compensationib.* D. 16, 2. — F. 10, *de duobus reis*. D. 45, 2.

TITRE III.

Restitutiones in integrum.

Sommaire. — 1. *Caractères de la* restitutio in integrum. — 2. *Conditions exigées pour l'obtenir.* — 3. *A quels actes elle était appliqués.*

Le mode d'extinction des obligations dont nous allons nous occuper maintenant constitue l'une des atteintes les plus hardies que le droit prétorien ait porté au droit civil.

Restituere in integrum signifie littéralement, rétablir en entier. Dans l'ordre matériel, on dirait de la reconstruction d'une maison démolie, qu'il y a eu restitution; dans la vie juridique, les préteurs ont employé la même expression en ce qui concerne la condition des parties intéressées dans certains actes. « Prætor in integrum restituit, » quand il suppose, en vertu de son *imperium*, qu'un acte n'a pas été accompli, et qu'il remet les parties dans l'état où elles étaient avant le fait attaqué. Sens du mot *restituere*.

On peut définir la *restitutio* : le rétablissement d'un état antérieur de droit, opéré par le préteur et motivé par une opposition entre l'équité et le droit rigoureux. Définition de la *restitutio in integrum*.

Il faut bien se garder de confondre les restitutions en entier avec d'autres moyens de procédure que les préteurs employaient souvent pour arriver à des résultats analogues, et qu'on désigne sous le nom d'actions et d'exceptions. Ainsi, quand il y a eu violence, on trouve dans les textes : 1° l'action *quod metus causa*, faisant condamner au quadruple celui qui veut invoquer l'acte vicié par la violence; 2° l'*exceptio metus*, qui sert à repousser la demande, dans les mêmes circonstances; 3° la *restitutio in integrum ob metum*, accordée seulement quand les deux premiers moyens sont inefficaces, parce que l'acte a produit son effet. Ainsi, en prenant un exemple, on me contraint par violence à renoncer à une hérédité; après ma renonciation, l'action ou l'exception de violence ne peuvent me servir à rien; le substitué acceptera la succession et sera investi de tous les droits, etc. Mais le préteur, par la fiction de la *restitutio in integrum*, supposera que je n'ai rien fait, que je n'ai pas refusé le patrimoine du défunt, et il me le rendra.

Dans tous les cas, la *restitutio in integrum* est soumise à certaines règles générales, dont nous devons donner l'exposé. Règles générales de la *restitutio in integrum*.

Pour que le préteur accorde la *restitutio*, il faut la réunion de trois circonstances : 1° qu'il y ait une lésion; 2° qu'on se trouve précisément dans un des cas prévus par l'édit; 3° qu'on ne soit pas dans une des circonstances pour lesquelles l'édit refuse formellement la restitution.

Il faut qu'il y ait lésion.

La lésion résulte ici, soit de la diminution du patrimoine, soit de la transformation d'un droit certain en un droit douteux sujet à procès (1). On considère également comme une lésion l'absence de gain, quand on n'a pas acquis des biens dont personne n'était encore investi au moment du fait sur lequel on se base pour obtenir la restitution en entier; ainsi, lorsque, par suite d'une violence, on a manqué d'acquérir un legs ou une succession (2), c'est à celui qui se prétend lésé à en faire la preuve (3).

La *restitutio in integrum* avait une portée étendue bien au delà du droit des obligations, car on l'appliquait aussi aux faits qui portaient atteinte à la propriété, comme les usucapions, les pertes de servitude par le non usage, etc., etc.; on allait même jusqu'à restituer dans certains cas contre la chose jugée.

Il fallait être dans un des cas prévus par l'édit.

Il fallait se trouver dans un des cas spécialement prévus par le préteur; et suivant M. de Savigny, l'édit les avait introduits dans l'ordre chronologique que voici : 1° la violence; 2° la fraude; 3° la minorité de vingt-cinq ans; 4° les *capitis deminutiones*; 5° l'absence; 6° l'erreur. Mais cette liste n'était pas limitative; l'édit contenait une clause générale qui donnait aux préteurs le moyen de parer à toutes les éventualités : « Item si *qua alia* mihi causa justa esse « videbitur, in integrum restituam (4). »

Clausula generalis.

Dans tous les cas, celui qui pouvait demander la restitution en entier transmettait son droit à ses héritiers. « Item omnium « qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum « restitui possunt (5). »

Cas où le préteur refuse la *restitutio*.

Même quand il y avait lésion, le préteur refusait la *restitutio* dans les cas suivants : 1° s'il y avait eu délit *contra bonos mores*; mais quelquefois les mineurs étaient restitués pour les délits de douane (6); 2° dans les contrats, le débiteur coupable de dol ne peut pas demander la restitution en entier; ainsi, le mineur de vingt-cinq ans qui s'est laissé vendre *ad pretium participandum* (7); 3° quand la loi s'oppose au rétablissement de l'état antérieur; par exemple, quand il y a eu affranchissement consommé : « Quia semel « concessa libertas non revocatur (8); » mais si l'affranchissement avait été seulement promis, la restitution était admise; 4° si on pouvait se protéger par un moyen du droit ordinaire, comme une action ou une exception, le préteur refusait la *restitutio in integrum* (9).

(1) F. 6, *de minorib.* D. 4, 4. = (2) L. 1-2, Cod., *si ut omissam*, 2, 40. — F. 17, § 1. — F. 18, 27, 41, *ex quibus causis majores.* D. 4, 6. = (3) F. 7, § 3. — F. 35-44, *de minorib.* D. 4, 4. — L. 5, Cod, *de in integr.* 2, 22. = (4) F. 1, § 1, *ex quibus causis majores.* D. 4, 6. = (5) F. 6, *de in integr.* D. 4, 1. = (6) F. 9, § 2, 5, *de minorib.* D. 4, 4.—F. 16, § 9, *de publicanis.* D. 39, 4. = (7) F. 9, § 5, *de minorib.* D. 4, 4. = (8) L. 1-2-3, Cod., *si adversus libertatem*, 2, 31. = (9) F. 16, *de minorib.* D. 4, 4. — L. 4, Cod., *in quibus causis in integr.*, 2, 41.

Nous allons examiner successivement les cas de restitutions, en suivant leur importance pratique; et bien que nous nous occupions, surtout dans ce titre, de l'extinction des obligations, nous mentionnerons en passant les divers points auxquels touchent les restitutions.

CHAPITRE PREMIER.

RESTITUTIO OB ÆTATEM, ACCORDÉE AUX MINEURS DE VINGT-CINQ ANS.

Sommaire. — 1. *Comment on a établi la restitution pour les mineurs.* — 2. *Les mineurs sont restitués* tanquam læsi et non tanquam minores — 3. *Quelles sont les personnes qui profitent de la restitution.*

Nous avons expliqué dans notre premier volume comment le père de famille, arrivé à l'âge de la puberté, sortait de tutelle, et prenait la libre administration de son patrimoine; comment on était venu successivement au secours de son inexpérience, d'abord, par la loi Plætoria, puis, par la restitution en entier; et enfin, sous l'empire, par la nomination d'un curateur permanent.

La *restitutio ob ætatem* n'avait été d'abord établie que pour les mineurs sortis de tutelle, et à l'occasion de leurs faits personnels, mais bientôt on l'étendit aux actes des curateurs, puis à ceux des tuteurs, quand l'impubère souffrait de leurs actions ou de leurs omissions (1).

La lésion était l'élément essentiel de la restitution; le magistrat n'avait pas, en effet, à protéger le mineur qui faisait bien ses affaires. De là cette maxime : « Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus. » Il fallait, de plus, que la lésion résultât de l'acte lui-même, et non pas d'un cas fortuit postérieur, par exemple, la ruine ou l'incendie d'une maison achetée à un prix avantageux. *La lésion est l'élément indispensable de cette restitution.*

Le fils de famille mineur obtenait aussi la restitution contre ses actes ou ses omissions, mais cela lui était personnel et ne devait pas profiter directement au père (2). Dès lors, si ce mineur a négligé d'accepter un legs qui devait lui appartenir après la mort de son père, ou s'il a contracté à l'occasion de son pécule castrans, il a un droit exclusif à la restitution. Cependant, si le père héritait du fils, il pouvait profiter de la restitution en qualité de successeur, puisque cette faveur était transmissible aux héritiers (3). *Le fils de famille peut obtenir la restitution.*

Une ancienne opinion rapportée par Gaïus donnait au père de famille le droit de demander la restitution en entier contre les actes de son fils, même malgré lui; parce que, disait-on, le père, qui était tenu de l'action *de peculio*, avait intérêt à ce que le pécule fût le plus fort possible (4).

(1) F. 29. pr., § 1. — F. 38, 47, *de minorib.* D. 4, 4. — L. 2, 3, 15, Cod., *si tutor.*, 2, 23. = (2) F. 3, § 4. — F. 23, 38, § 1, *de minorib* D. 4, 4. = (3) F. 3, § 9-10, *de minorib.* D. 4, 4. = (4) F. 27, *de minorib.* D. 4, 4.



Quand les mineurs de vingt-cinq ans avaient obtenu la *venia ætatis*, ils ne pouvaient plus demander la *restitutio in integrum;* leurs engagements valaient comme s'ils avaient eu vingt-cinq ans (1). Il en était de même si le mineur s'était frauduleusement présenté comme majeur, on ne le regardait plus comme digne de protection, il y avait là une sorte de délit (2).

Enfin dans tous les cas où la loi déclare nuls les actes d'un mineur, la restitution est inutile; il en est de même quand il est directement protégé par la loi civile, ainsi pour la *mora*, pour le cas où il y a eu vente de ses biens sans décret du magistrat, ou enfin pour les prescriptions moindres de trente ans qui ne courent pas contre lui (3).

Avec le temps, la restitution accordée aux mineurs fut étendue aux cités, à certaines corporations, et suivant des auteurs aux églises et aux monastères (4).

CHAPITRE II.

RESTITUTION POUR LE CAS D'ABSENCE.

Sommaire. — 1. *Cas où s'applique cette restitution.* — 2. *Elle a lieu pour protéger les personnes absentes.* — 3. *Pour protéger les personnes présentes.*

La cause de restitution dont nous avons à nous occuper maintenant touche surtout à la propriété et à la procédure, cependant elle a des applications, mais assez rares, à la théorie des obligations. Ainsi, une condamnation a été prononcée contre le *procurator* d'un absent; le jugement passe en force de chose jugée, parce que le mandataire néglige d'interjeter appel, l'absent est civilement obligé; mais le préteur lui permettra suivant les cas d'appeler, en lui accordant une restitution en entier (5).



Dans le cas d'absence, il y a deux positions toutes différentes: 1° on peut avoir à protéger les personnes absentes, soit à l'occasion des actes qu'elles sont dans l'impossibilité de faire, soit à l'occasion des actes que font des personnes présentes sans qu'elles puissent les en empêcher; 2° la protection peut être nécessaire pour des personnes présentes qui se trouvent empêchées de faire certains actes utiles pour conserver leurs droits contre des absents.

A. *Protection accordée aux absents.*

Cas où l'absence peut nuire.

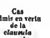
Voici quelques cas dans lesquels cela peut se présenter. Pendant mon absence, un tiers a usucapé un fonds qui m'appartenait; j'ai

(1) L. 1-2, Cod., *de his qui veniam*, 2, 45. = (2) L. 2-3. Cod., *si minor.*, 2, 43 = (3) L. 3, 5, Cod., *in quibus causis*, 2, 41. — L. 11, Cod., *de prædiis*, 5, 71. — L. 3, Cod., *de his qui veniam*, 2, 45. = (4) L. 4, Cod, *quibus ex causis*, 2, 54. = (5) F. 8, *de integr. restitut.* D. 4, 1.

perdu une servitude *non utendo*; on a obtenu contre moi un jugement qui me condamne, soit à abandonner une chose, soit à payer une somme d'argent, en se fondant sur une obligation antérieure ou sur une clause pénale encourue, etc. Dans ces diverses hypothèses, on peut recourir à la protection du préteur, mais il faut que l'absence ait été occasionnée par des motifs spécialement prévus dans l'édit. Ainsi le préteur promet d'abord la *restitutio in integrum* à celui qui était absent *metu*, par crainte, pourvu qu'il y ait eu juste sujet de redouter une violence. C'est ce qu'Ulpien formule en disant : « Qui justo timore mortis vel cruciatus corporis con« territur, abest (1). » Puis on secourt celui qui est absent *sine dolo*, pour le service de la république; ceci s'appliquait aux fonctionnaires de l'État employés hors de Rome, aux ambassadeurs, aux soldats, etc. *Sine dolo* signifie qu'il y ait eu pour eux impossibilité de revenir. Les personnes absentes dans l'intérêt d'une cité ne pouvaient pas invoquer cette partie de l'édit, puisqu'elle n'avait en vue que la république; mais à l'aide de la *clausula generalis*, le préteur restituait en entier les ambassadeurs des villes, et enfin ce droit fut confirmé par Marc-Aurèle et Commode (2). L'édit mentionne ensuite ceux qui étaient dans les fers, *in vinculis*; ceux qui étaient prisonniers de l'ennemi, ou qui se trouvaient *in servitute* au moment où la perte avait été éprouvée. Enfin, en vertu de la *clausula generalis* qui termine l'énumération de l'édit, on accordait la restitution en entier : 1° aux femmes des soldats et des fonctionnaires publics, quand elles étaient avec eux (3); 2° à ceux qui s'éloignaient de leur domicile pour aller faire des études scientifiques (4); 3° aux condamnés au bannissement qui avaient été graciés (5); 4° on avait assimilé à l'absence le cas où l'on perdait une servitude par non usage, soit parce qu'une source avait été tarie temporairement, soit parce qu'une inondation avait empêché l'usage d'un chemin pendant plus de deux ans (6). Une question délicate venait compliquer cette théorie de l'absence : en principe, on n'admettait pas que celui qui avait été représenté par un mandataire, ou même un *negotiorum gestor*, pût obtenir la *restitutio in integrum*, parce qu'il avait été *defensus* (7). Mais en était-il de même quand celui qui aurait pu laisser un défenseur avait négligé de le faire? Dans l'ancien droit, on lui refusait la *restitutio*, mais la jurisprudence tendit sans cesse à adoucir cette décision (8). On assimilait à l'*indefensus* celui dont le *procurator* était mort.

Restitutio ob metum.

Absent reipublicæ causa.



Cas admis en vertu de la *clausula generalis*.

(1) F. 3, *ex quibus causis*. D. 4, 6. = (2) F. 4, 8, 26, § 9. — F. 33, § 2, *ex quibus causis majores*. D. 4, 6. = (3) L. 1, 2, Cod., *de uxoribus militum et eorum*, 2, 52. = (4) F. 28, *ex quibus causis*. D. 4, 6. = (5) F. 40, § 1, *ex quibus causis*. D. 4, 6. = (6) F. 34, § 1. — F. 35, *de servitut. præd. rust*. D. 8, 3. — F. 14, *quemadmodum servitutes*. D. 8, 6. = (7) F. 39, *ex quibus causis majores*. D. 4, 6. = (8) F. 26, § 1, 9, *ex quibus causis majores*. D. 4, 6.

B. *Protection contre les absents.*

Quand on avait besoin de plaider contre une personne absente pour conserver un droit, ou interrompre une déchéance, dans le cas d'actions temporaires, comme la *querela inofficiosi testamenti*, il était impossible de commencer régulièrement les procédures, puisque l'adversaire n'était pas là ; il avait donc fallu que le droit prétorien vînt encore au secours des personnes présentes.

Cas où l'on tient le défendeur pour absent.

On regardait encore ici comme absent celui qui était *in vinculis*, celui qui se cachait pour qu'on ne pût pas le *rapere in jus*; le magistrat qu'il était défendu d'attaquer pendant la durée de ses fonctions; enfin le plaideur qui avait obtenu le *veto* d'un magistrat égal ou supérieur à celui qui était saisi de l'affaire, pour arrêter la marche du litige (1).

Ici la restitution était encore refusée, quand la personne absente ou tenue pour telle avait été défendue par un *procurator*. Le demandeur devait même interroger les amis de l'absent pour savoir s'ils voulaient embrasser sa défense : « Ergo sciendum est, non aliter hoc « edictum locum habere, quam si amici ejus interrogati fuerint an « defendant (2). »

A l'époque de Justinien, on peut, si on le veut, employer un autre moyen que la restitution en entier pour arrêter les conséquences et empêcher les péremptions qui courent au profit de l'absent ; il suffisait de faire une déclaration conservatoire, soit au gouverneur de province, soit à l'évêque, soit même au *defensor civitatis*, en l'absence des magistrats supérieurs (3).

CHAPITRE III.

RESTITUTION POUR CAUSE DE VIOLENCE.

Sommaire. — 1. *La violence n'est pas exclusive du consentement* — 2. *Caractères que doivent avoir la crainte et la violence.* — 3. *La violence peut donner lieu à trois sortes de recours.*

Dans tous les actes juridiques qui ont pour but la transmission des droits réels ou la création des droits personnels, il faut le consentement des parties, et ce consentement doit être libre ; s'il est le résultat d'une violence extérieure, il est impossible de dire qu'il n'existe point : « Quia quamvis si liberum esset noluissem, *tamen coactus* « *volui*; sed per prætorem restituendus sum. » L'équité veut qu'on ne souffre pas d'un consentement ainsi extorqué (4).

(1) F. 1, § 1, *ex quibus causis majores*. D. 4, 6. = (2) F. 21, § 3. — F. 22, *ex quibus causis*. D. 4, 6. = (3) L. 2, Cod, *de annali except.*, 7, 40. = (4) F. 21. § 5, *quod metus causa*. D. 4, 2.

Le préteur disait d'une manière générale : « Quod metus causa « gestum erit, ratum non habebo. » Cette formule comprenait la violence physique et la crainte morale ; les jurisconsultes ne distinguaient pas, au point de vue des effets, la violence de la menace ; c'est pour cela qu'on accordait la restitution quand on avait cédé à la crainte d'un mal future (1). Étendue du mot *metus*.

Du reste, on ne prenait pas en considération la plus légère appréhension, il fallait que la crainte fût de nature à faire impression sur une personne énergique, que le mal redouté eût une certaine gravité. Gaïus pose le principe d'une manière toute stoïcienne : « Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem « *constantissimum* cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus (2). » Prise dans un sens absolu, cette maxime était trop rigoureuse et aurait mené à des conséquences que l'équité repoussait ; il faut, en effet, proportionner les secours à la faiblesse des personnes qu'on veut secourir : les personnes fortes, celles auxquelles on peut appliquer l'épithète de *constantissimæ*, savent se défendre elles-mêmes ; tandis que les faibles d'esprit, les vieillards, les femmes, cèdent plus facilement à des menaces ou à des violences qu'elles n'ont pas le moyen de repousser ; il faut donc les aider d'autant plus qu'elles peuvent moins se secourir elles-mêmes. La véritable règle législative nous semble avoir été posée dans le Code Napoléon, art. 1112, *in fine* : « On a égard en cette matière à l'âge, au sexe et à la condition « des personnes. » Caractère que doit avoir la crainte.

On permettait d'invoquer pour obtenir la restitution, non-seulement la violence dont on avait été menacé soi-même, mais encore celle qui portait sur ses enfants (3).

Il fallait, dans tous les cas, que la violence eût pour but d'amener à faire l'acte ; si elle avait été seulement l'occasion de l'engagement, le préteur ne venait pas au secours du débiteur. Ainsi, une personne saisie par l'ennemi ou arrêtée par des voleurs promet mille *aurei* à un passant s'il parvient à lui rendre la liberté, l'obligation est valable, on ne peut pas dire qu'elle soit entachée de violence ; le créancier, suivant Paul et Ulpien : « Operæ potius suæ mercedem accepisse « videtur ; » il est censé avoir reçu la récompense d'un service rendu (4). Il faut que la violence ait pour but de faire contracter l'obligation.

Quand on se trouvait dans les termes de l'édit, la restitution en entier était accordée contre toute personne qui voulait se prévaloir de l'acte, quand même la violence serait émanée d'un tiers. « Prætor « in rem et generaliter loquitur, nec adjicit a quo gestum est (5). On donnait la restitution contre toute personne.

(1) F. 1, 7, § 1, *quod metus causa*. D. 4, 2. = (2) F. 6, *quod metus causa*. D. 4, 2. = (3) F. 8, § 3, *quod metus causa*. D. 4, 2. = (4) F. 9, § 1, *quod metus causa*. D. 4, 2. = (5) F. 9, § 1. — F. 14, § 3, *quod metus causa*. D. 4, 2.

« Nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstrin-« gitur ut designet qui ei metum vel vim adhibuit. » Le préteur parle d'une manière générale, sans ajouter par qui a été commise la violence; car la crainte entraînant toujours avec elle l'ignorance, c'est avec raison qu'on ne force pas le plaignant à désigner l'auteur de la violence ou des menaces. Le véritable motif, c'est qu'il serait injuste de contraindre une personne à exécuter une obligation qu'elle n'a pas été libre de contracter; en équité, le lien juridique n'existe pas. On poursuivait donc tous les détenteurs des choses aliénées par violence, ainsi que leurs héritiers, et on les faisait condamner à les rendre, à moins que les objets n'eussent péri par cas fortuit et sans la faute des détenteurs (1).

Cas de l'action et de l'exception metus causa. Cas de la restitutio in integrum.

Comme nous avons eu déjà l'occasion de le dire, la violence pouvait donner lieu à l'application de trois moyens de droit différents : 1° A l'*actio quod metus causa, in quadruplum*, quand le tiers refusait de rendre la chose ou de libérer le débiteur violenté; 2° l'*exceptio metus*, quand l'obligation n'a pas encore été exécutée, et qu'un tiers veut en exiger l'accomplissement; par exemple, si on demande une somme due en vertu d'une stipulation résultant de la violence (2); 3° la *restitutio in integrum*, quand les deux premiers moyens sont impossibles à employer; par exemple, s'il y a eu acceptilation à la suite d'une violence, si on a accepté ou répudié une succession, etc. Dans ces divers cas, on remet le demandeur, vis-à-vis de tout le monde, dans l'état où il était avant la violence (3).

CHAPITRE IV.

RESTITUTION POUR CAUSE D'ERREUR.

Sommaire. — 1. *Qu'est-ce que l'erreur et l'ignorance?* — 2. *Notion de l'erreur de fait et de l'erreur de droit*—3. *Principes sur l'erreur de fait suivant les actes accomplis.* — 4. *Principes sur l'erreur de droit et ses effets.*

Notion de l'erreur et de l'ignorance.

L'erreur, c'est l'absence de la notion vraie et la croyance à la notion fausse.

Dans l'analyse philosophique, il ne faut pas confondre l'erreur avec l'ignorance, qui est l'absence de toute notion; cependant, en droit, on les soumet ordinairement à des règles identiques, parce que l'erreur mène aux mêmes résultats que l'ignorance.

L'erreur n'est pas exclusive de volonté.

L'erreur du sujet agissant n'est pas toujours exclusive de volonté; on peut dire à la rigueur que celui qui se trompe, *veut*. Mais comme il veut précisément autre chose que ce qu'il a fait, il serait contraire à l'équité de ne pas venir à son secours. Telle est la raison qui fait souvent revenir sur des actes entachés d'erreur. Mais ici, plus que

(1) F. 14, § 5. — F. 16, § 2, *quod metus causa*. D. 4, 2. = (2) V. tit. *de doli mali et metus except*. D. 44, 4. = (3) F. 9, § 4. — F. 21, § 3-6, *quod metus causa*. D. 4, 2.

jamais, il faut remarquer que la *restitutio in integrum* n'est pas le seul secours accordé aux parties. Ordinairement on leur donne des *condictiones* désignées par des noms différents : *condictio indebiti ; condictio causa data*, *causa non secuta*; *condictio sine causa*, etc. Cependant la restitution en entier pour cause d'erreur est mentionnée dans divers textes (1).

On divise les cas d'erreur en deux grandes classes.

Erreur de fait.

1° L'erreur de fait, qui consiste, soit à ne pas connaître l'existence d'une chose, soit à croire qu'elle existe d'une certaine manière quand elle n'existe pas, ou quand elle est autre que nous ne le pensons. Ainsi, j'ignore la mort d'un parent dont je suis l'héritier; je contracte avec un impubère que je crois pubère; j'achète un objet que je crois en or, quand il est en cuivre, etc. Voilà des cas dans lesquels il y a erreur de fait.

Erreur de droit.

2° L'erreur de droit, qui consiste à ne pas connaître ou à mal connaître les dispositions de la loi applicables à un fait déterminé. Ainsi, je sais que telle personne est encore pupille, mais je crois les impubères capables de contracter; j'ai acheté un esclave atteint des vices rédhibitoires prévus par les édiles, mais je crois avoir deux ans pour intenter l'action, etc. Il y a ici *ignorantia juris*.

On est plus favorable pour l'erreur de fait que pour l'erreur de droit.

Il faut poser en principe qu'on doit secourir plus facilement celui qui se trompe en fait que celui qui commet une erreur de droit. Souvent le premier a été dans l'impossibilité d'éviter son erreur; le second, au contraire, pouvait consulter le texte de la loi, ou demander avis à des jurisconsultes. Le principe est ainsi formulé dans un Fragment de Paul : « Regula est, juris quidem ignorantiam cuique « nocere, facti vero ignorantiam non nocere (2). » Toutefois, comme nous le verrons, cette règle reçoit des exceptions.

SECTION PREMIÈRE. — De l'erreur de fait.

L'erreur de fait peut porter sur divers éléments : 1° sur la personne avec laquelle on traite; 2° sur la cause de l'acte juridique; 3° sur la chose objet du contrat; 4° sur ses qualités; 5° sur la quantité.

Il ne faut pas que l'erreur soit impardonnable.

Dans tous ces cas, et suivant les circonstances, on viendra au secours de ceux qui se sont trompés, mais à la condition qu'ils n'aient pas à se reprocher une négligence impardonnable : *crassa*, *supina ignorantia* ; *summa negligentia*; *ignorantia deperditi et nimium securi hominis* (3). Dès lors il faut dire qu'on ne pourra pas, ordi-

(1) F. 2, *de in integr.* D. 4, 1. — F. 1, § 6, *quod falso tutore.* D. 27, 6. — Paul Sent., l. I, tit. VII, § 2. = (2) F. 9, *de juris et facti ignorantia.* D. 22, 6. = (3) F. 3, § 1. — F. 6, 9, § 2, *de juris et facti ignor.* D. 22, 6. — F. 15, § 1, *de contrah. emptione.* D. 18, 1. — F. 14, § 10. — F. 55, *de ædilitio edicto.* D. 21, 1.

nairement, invoquer l'erreur portant sur l'existence de ses propres actes; chacun doit savoir ce qu'il a fait (1). Du reste, une fois l'erreur établie, ce sera à l'adversaire à établir que le plaignant est coupable de négligence. Ajoutons enfin qu'on trouve quelquefois dans les textes des formules trop absolues dont il faut se défier; ainsi : « Non videntur qui errant consentire (2); » ou bien : « Nulla « enim errantis voluntas est (3). » Ce sont des maximes signifiant seulement que le préteur supposera dans certains cas l'absence du consentement, car, du reste, dans un grand nombre d'hypothèses, l'erreur n'empêche pas que l'effet juridique ne soit produit; ainsi pour les acquisitions de propriété (4).

Formules trop générales dont il faut se défier.

A. *Erreur portant sur la personne.*

Cas où l'erreur sur la personne permet d'attaquer l'acte fait.

Dans les conventions à titre gratuit, l'erreur sur la personne amène nécessairement la rescision de ce qui a été accompli; il n'y avait pas intention de faire la libéralité à une personne autre que le donataire. Il en est de même quand on a transigé avec une personne qui n'avait aucune qualité pour faire la transaction. Ainsi, j'ai cru Paul mon cohéritier, tandis que la succession avait été déférée à Pierre; je transige avec l'héritier apparent; la convention est entachée d'erreur.

Dans les contrats à titre onéreux, on pouvait aussi invoquer l'erreur sur la personne quand on avait eu en vue une habileté toute particulière à l'autre partie; ainsi, lorsqu'on voulait traiter avec tel artiste, et qu'on avait été trompé par une ressemblance de nom, etc. Dans tous les autres cas de contrat à titre onéreux, l'erreur sur la personne ne produisait pas d'effets juridiques.

Du reste, dans les hypothèses où l'erreur peut être opposée, l'acte ne commence pas moins par produire ses effets : la tradition, par exemple, amène la translation de propriété; les stipulations lient les parties; mais il y aurait secours, soit par les *condictiones*, soit par l'exception de dol, soit enfin par la *restitutio in integrum* (5).

B. *Erreur sur la cause de l'acte.*



La fausse cause ne permet pas ordinairement d'attaquer l'acte.

En général, l'erreur sur la cause de l'acte n'amène pas la nullité des conventions; même dans le cas de donation, on dit : « *Si causa* « *fuit* cessare repetitionem, » il y a eu volonté, quoique faussement déterminée. Ce point est nettement établi dans le Fragment 52, *de condictione indebiti*, D. 12, 6 : « Damus ob causam præteritam :

(1) F. 42, *de regulis juris*. D. 50, 17. — F. 67, *ad sc. Velleianum*. D. 16, 1. = (2) F. 116, § 2, *de regulis juris*. D. 50, 17. = (3) F. 20, *de aqua*. D. 39, 3. — L. 8, 9. Cod., *de juris et facti*, 1, 18 = (4) F. 36, *de adquir. rer. dominio*. D. 41, 1. = (5) F. 66, § 4, *de furtis*. D. 47, 2. — F. 32, *de rebus creditis*. D. 12, 1. — F. 3, § 2, *de transactionib*. D. 2, 15.

« veluti cum ideo do quod aliquid a te consecutus sum, vel quia « aliquid a te factum est; ut etiamsi *falsa causa sit*, repetitio ejus « pecuniæ non sit. » Nous donnons en nous fondant sur une cause passée; par exemple, parce que j'ai reçu quelque chose de vous, ou parce que vous avez accompli un fait; et alors il n'y aura pas lieu à répéter l'argent, même quand la cause serait fausse. Mais si celui qui transfère la propriété avait en vue une chose que l'autre partie doit faire en retour, et qu'il y ait eu erreur, on aurait la *condictio causa data, causa non secuta.* Exceptions.

On venait aussi quelquefois au secours du demandeur quand il s'était cru, par erreur, tenu de contracter une obligation ou de faire tout autre acte déterminé; ainsi un héritier qui avait vendu ou livré une chose, parce qu'il pensait que le testateur lui avait ordonné de le faire (1).

Il y a enfin deux textes qui semblent en opposition dans le cas où chacune des parties avait en vue une cause différente. Julien suppose la tradition d'un fonds faite par le propriétaire qui se croit obligé, *ex testamento,* à un tiers qui se croit créancier *ex stipulatu.* Alors, dit ce jurisconsulte : « Constat proprietatem ad te transire (2). » Ulpien, dans une autre hypothèse, pense qu'il n'y a pas translation de propriété d'une somme d'argent qu'une personne livre, croyant faire une donation, et que l'autre reçoit comme un simple *mutuum* (3). On explique cette contradiction en disant : dans le premier cas, les deux parties ont une volonté commune, la *solutio*; il y a donc eu réunion des consentements, et l'effet doit être produit; dans le second cas, au contraire, chacune des parties a eu en vue un acte différent; il n'y a pas eu convention *in idem placitum*, donc la propriété n'a pas pu être transférée.

C. *Erreur sur la chose objet du contrat.*

L'erreur sur le *corpus* lui-même entraîne nullité du contrat; il n'y a pas besoin de secours prétorien. Ainsi, je crois acheter le fonds Cornélien, vous croyez vendre le fonds Sempronien : « Quia in cor- « pore dissensimus, *emptio nulla est* (4). » Il en est de même pour la stipulation, si les contractants ont en vue deux esclaves différents (5). Pour le louage, si vous pensez prendre à bail pour cinq *aurei* quand je crois vous louer pour dix, alors il n'y a pas contrat (6). Enfin, Ulpien décide que si un *procurator* livre une chose qui lui appartient, en croyant livrer la chose du mandant, il n'y a

L'erreur sur le corpus entraîne absence du contrat.

(1) F. 5, § 1. *de actione empti.* D. 19, 1. — (2) F. 36, *de adquir. rer. dominio.* D. 41, 1. — (3) F. 18, *de rebus creditis.* D. 12, 1. — V. M. de Savigny, *Traité du droit romain*, t. IV, p. 162. = (4) F. 9, *de contrah. emptione.* D. 18, 1. = (5) F. 83, § 1, *de verbor. obligat.* D. 45, 1. = (6) F. 52, *locati.* D. 19, 2.

pas translation de propriété : « Quia nemo errans rem suam amittit (1). »

Effet de l'erreur sur la matière.

Mais il y avait difficulté pour savoir si on devait assimiler l'erreur sur la matière à l'erreur sur la chose elle-même. On avait d'abord admis que l'erreur sur le sexe d'un esclave acheté ou stipulé serait assimilée à l'erreur *in corpore*; dans ce cas, il n'y avait pas contrat (2).

Mais si on avait pris du cuivre pour de l'or, du plomb pour de l'argent, sans se tromper sur l'objet en lui-même, y avait-il contrat valable? ainsi, c'est une table que j'ai crue être en or, et qui est en argent doré, etc. Ulpien décidait qu'il y avait nullité de la vente. Marcellus était d'un avis contraire. Paul suivait l'opinion de Marcellus pour la stipulation; il admettait que le contrat valait, mais qu'il y avait lieu à une indemnité (3).

Dissentiment entre les jurisconsultes.

Il est probable que les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point. M. de Savigny propose de résoudre la question, en distinguant si la matière qu'on a reçue peut représenter en partie la valeur qu'on espérait : ainsi on a acheté de l'or, il est à bas titre, mais enfin, c'est de l'or; dans ce cas, le contrat est maintenu (4). Si on a cru acheter une table d'argent, et qu'on ait reçu une table de bois couverte d'une lame d'argent, il y a nullité de la vente; mais cependant, le prix est bien devenu la propriété du vendeur, car l'erreur n'a pas porté sur ce point; aussi les textes donnent-ils à l'acheteur la *condictio*, et non la *vindicatio* de la somme payée (5).

L'erreur sur les accessoires n'empêche pas le contrat de valoir; ainsi, j'ai acheté un fonds, croyant faussement que l'esclave Stichus faisait partie des *villici* qui le cultivent; ainsi j'ai acheté une maison, croyant qu'elle contenait telle ou telle peinture, etc. : seulement, on pourra, à l'aide de l'action *empti* ou *venditi*, faire rectifier les erreurs dont on croit avoir à se plaindre (6).

D. *Erreur sur les qualités de la chose.*

En général, ce n'est pas une cause de nullité des conventions; ainsi, quand on a cru des objets neufs, et qu'ils avaient déjà servi (7) : « Si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio « placere, ita emptori præstandum quod interest si ignorans inter- « pola emerit. » Si une personne a acheté des vêtements usés pour

(1) F. 35, *de adquir. possess.* D. 41, 1. = (2) F. 11, § 1, *de contrah. emptione.* D. 18, 1. = (3) Cf. F. 9, § 2. — F. 41, § 1, *de contrah. emptione.* D. 18, 1. — F. 22, *de verbor. oblig.* D. 45, 1. = (4) F. 10, *de contrah. emptione.* D. 18, 1. — V. *Traité du droit romain*, t. III, p. 296. = (5) F. 41, § 1, *de contrah. emptione.* D. 18, 1. = (6) F. 34, *de contrah. emptione.* D. 18, 1. = (7) F. 45, *de contrah. emptione.* D. 18, 1. — F. 21, § 2, *de actionib. empti.* D. 19, 1.

des vêtements neufs, Trébatius pense qu'on devra l'indemniser, s'il y a eu erreur de sa part.

E. *Erreur sur la quantité.*

L'erreur sur la quantité donne seulement lieu à une augmentation ou à une diminution de prix; et s'il y a plus dans une chose et moins dans une autre, on doit compenser : « Sed rectius est et in « omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compen- « sari (1). »

Quelquefois l'erreur valide des actes qui seraient nuls sans cela.

Il y a, du reste, une remarque curieuse à faire sur l'erreur, c'est que, dans certains cas, elle fera valoir des conventions qui seraient nulles sans cela. Ainsi, dans le cas du sénatus-consulte Macédonien, si j'ai cru l'emprunteur père de famille, quand il ne l'était pas, je puis cependant le poursuivre (2). Ainsi l'*erroris causæ probatio*, dans certains mariages, permet d'acquérir la puissance paternelle, malgré l'absence du *connubium*. Enfin, l'usucapion suppose toutours une erreur de fait, dans le contrat qui lui sert de point de départ (3).

Peut-on invoquer l'erreur de fait quand on manque à gagner?

Une question fort débattue est celle de savoir si l'erreur de fait peut être invoquée aussi bien quand on manque à gagner que lorsque l'on perd réellement. Mais il faut répondre que l'erreur de fait ne peut être invoquée que dans les cas prévus par la jurisprudence: quand j'achète une maison trop cher, il y a de ma part erreur de fait; et pourtant on ne me restitue pas si je suis majeur. On avait voulu, pour soutenir l'affirmative, argumenter *a contrario* de deux textes de Papinien sur l'erreur de droit; mais ils s'appliquaient à des espèces toutes particulières, probablement aux donations faites à des femmes (4).

SECTION II. — **De l'erreur de droit.**

Caractère de l'erreur de droit.

Nous avons déjà défini l'erreur de droit : l'ignorance de la loi, ou la fausse intelligence de ses préceptes; mais il faut bien prendre garde de confondre ces cas avec ceux où il y a erreur de fait. Ainsi, rapporter faussement une espèce à une règle, c'est commettre une erreur de fait; si on croit, par exemple, que les relations venant d'un *precarium* sont régies par les règles applicables au commodat.

L'erreur de droit fait supposer qu'on est en faute.

En principe, l'erreur de droit ne peut pas servir de base à la restitution, car celui qui l'a commise est réputé en faute. Pour qu'on puisse revenir sur l'erreur de droit, il faut se trouver dans des conditions exceptionnelles, qu'on peut, du reste, ramener aux trios règles

(1) F. 4, § 1. — F. 42, *de actionib. empt.* D. 19, 1. = (2) F. 3, *ad sc. Macedonian.* D. 14, 6. = (3) G. C. 1, § 67.—Add. F. 6, *ad. sc. Velleianum.* D. 16, 1. = (4) F. 7, 8, *de juris et facti.* D. 22, 6. — V. Savigny, *Traité de droit romain*, t. III, p. 351.

Cas où l'on peut l'invoquer.

que voici : 1° quand l'espèce est si compliquée, que les jurisconsultes eux-mêmes peuvent être embarrassés (1); 2° quand la règle est controversée entre les deux écoles, ou bien entre les auteurs qui ont traité le même sujet; 3° lorsque les règles établies par la loi tiennent à des statuts particuliers qui en font un droit arbitraire dont la conscience n'indique pas l'existence.

En matière de délits, on n'admet pas ordinairement l'erreur de droit, car c'est aux actes illicites qu'on applique surtout la maxime : « Nemo censetur ignorare legem (2). »

Ces principes très-simples recevaient des exceptions pour quelques personnes.

Personnes qui peuvent invoquer l'erreur de droit. Les mineurs.

Les mineurs pouvaient ordinairement invoquer l'erreur de droit, si ce n'est quand ils avaient commis des actes contraires au droit des gens, car pour certains délits du droit civil, comme les contraventions de douane et les incestes résultant de l'alliance, on les excusait (3).

Les femmes.

Les femmes étaient soumises à peu près aux mêmes règles que les mineurs; on excusait chez elles l'erreur de droit; autrefois, même, cette faveur était extrêmement étendue quand il s'agissait de les empêcher de perdre, mais on n'allait pas jusqn'à les restituer quand elles n'avaient pas acquis certaines donations. C'est à elles qu'il faut appliquer ce texte de Papinien : « Juris ignorantiæ non prodest « adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet (4). » Ceci est répété dans la loi 11, Cod., *de juris et facti ignorantia*, 1-18 : « Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat. » Enfin, en l'an 469, les empereurs Léon et Anthémius déclarèrent que les femmes ne pourraient plus invoquer l'erreur de droit, que dans les cas où les lois le déclaraient formellement.... « In his tan-« tum casibus, in quibus præteritarum legum auctoritas eis suffra-« gatur, subveniri (5). »

Les rustici.

Les habitants des campagnes, *rustici*, qui n'ont reçu aucune éducation, sont aussi déclarés quelquefois excusables de n'avoir pas connu la loi. Ceci a lieu quand ils ont négligé d'observer les délais établis pour les *bonorum possessiones*, quand ils ont négligé de produire des pièces dans un procès, lorsqu'il y a eu violation de quelques prescriptions rentrant dans le droit pur (6). On se montrait encore indulgent quand les *rustici* avaient violé les dispositions de

(1) F. 10, *de bonor. possess.* D. 37, 1. — F. 2, § 5, *quis ordo.* D. 38, 15. = (2) L. 12, Cod., *de juris et facti ignor.*, 1, 18. = (3) F. 9, *de juris et facti.* D. 22, 6. — L. 11, Cod., *de juris et facti*, 1, 18. — F. 9, § 2, 4, 5. — F. 11, § 7, *de minorib.* D. 4, 4. — L. 2, Cod., *de in integr.*, 2, 22. — L. 1, Cod., *si adversus delictum*, 2, 33. — F. 38, § 4, *ad leg. Jul. de adulteriis.* D. 48, 5. = (4) F. 7, *de juris et facti.* D. 22, 6. — L. 3, Cod., *de juris et facti*, 1, 18 = (5) L. 13, Cod., *de juris et facti*, 1, 18. = (6) L. 8, Cod., *qui admitti*, 6, 9 — F. 1, § 5, *de edendo.* D. 2, 13.

l'édit sur l'*album corruptum*; s'ils manquaient de comparaître en justice, au jour indiqué par la *vocatio in jus*, et enfin, quand ils avaient ouvert le testament d'un homme assassiné, sans commencer par mettre les esclaves du défunt à la torture, comme l'exigeait le sénatus-consulte Silanien (1).

Les militaires.

Les militaires pouvaient aussi, dans quelques cas, se faire restituer contre les erreurs de droit; mais ceci n'était pas un principe; on n'admettait cette prétention que dans des hypothèses particulières. Le cas le plus remarquable se trouve dans le testament militaire, qui valait alors même qu'il manquait de presque toutes les conditions exigées pour les autres testaments.

L'erreur de droit ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*.

On se demande enfin si l'erreur de droit donne lieu à la *condictio indebiti*. Nous croyons qu'il faut répondre négativement, sans aucune hésitation. Le principe est posé dans cette loi de Constantin : « Cum quis, jus ignorans, indebitam pecuniam solverit, cessat repe« titio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti « soluti competere tibi notum est. » Quand une personne paye par erreur de droit, il n'y a pas lieu à la *condictio indebiti*; tu sais que cette répétition n'est accordée que dans le cas d'erreur de fait (2).

Dans un autre texte, on donne au mineur la répétition d'un legs payé, *licet per errorem juris*, quoiqu'il y ait erreur de droit; mais on fait remarquer que cette faveur n'existe que parce qu'il est encore dans la limite d'âge qui lui permet de demander la *restitutio in integrum* (3).

Les Basiliques, au titre *de juris et facti ignorantia*, liv. II, tit. IV, § 19, refusent également la *condictio indebiti* pour cause d'erreur de droit.

Il faut remarquer cependant que si on se trouve dans un des cas où la restitution est admise, même pour erreur de droit, on devra certainement admettre la *condictio indebiti* (4).

Des auteurs, parmi lesquels se trouve M. Mühlenbruch, veulent accorder la *condictio indebiti* dans tous les cas; ils se fondent sur le Fragment 206, *de regulis juris*, D. 50, 17. « Jure naturæ « æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria locuple« tiorem fieri. » Et sur le Fragment 1, *ut in possessionem*, D. 36, 4, dans lequel Ulpien se demande si cette *condictio* peut être accordée à celui *qui jus ignoravit*; et il répond que cela peut être accordé *benigne*. C'est une décision douteuse, qui ne peut pas être regardée

(1) F. 7, § 4, *de juridict.* D. 2, 1. — F. 2, § 1, *si quis vocatus*. D. 2, 5. — F. 3, § 22, *de sc. Silaniano*. D. 29, 5. = (2) L. 11, Cod., *de juris et facti ignor.*, 1, 18. — Add., l. 9, Cod., *ad legem Falcidiam*, 6, 50. = (3) L. 2, Cod., *si adversus solutionem*, 2, 33. = (4) Tel est l'avis de Donneau, de MM. de Savigny, Thibaud et Vangerow.

comme une règle générale, en présence des textes formels que nous avons cités plus haut.

CHAPITRE V.

RESTITUTION POUR CAUSE DE DOL.

Sommaire. — 1. *Définition du dol et ses caractères.* — 2. *Le dol est relatif.* — 3. *Cas où la restitution est utile.*

Définition du dol. Labéon définit le dol : « Omnem calliditatem, fallaciam, machi« nationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum « adhibitam (1). » Toute ruse, tromperie, manœuvre, qui a pour but de circonvenir, d'abuser et de tromper quelqu'un.

Le dol implique erreur de l'une des parties; et de plus, il y a mauvaise foi de celui qui agit frauduleusement.

Deux espèces de dol. Les commentateurs modernes ont distingué deux espèces de dol : 1° *dolus dans causam contractui*; c'est celui défini par Labéon. On circonvient une personne, pour l'amener à traiter; ainsi, je cherche à vous faire croire que telle chose a des qualités auxquelles vous tenez essentiellement, et cela vous détermine à l'acheter; 2° *dolus incidens in contractum;* c'est la fraude qui intervient dans l'exécution du contrat. Vous m'avez volontairement acheté telle marchandise, mais je vous trompe en opérant la livraison.

De ces deux espèces de dol, la première, seule, donne lieu ordinairement à l'anulation de ce qui a été fait; à l'occasion de la seconde, on obtient, le plus souvent, des dommages et intérêts.

Le dol est relatif. A la différence de la violence, le dol est ordinairement relatif; quand on l'invoque, il faut en indiquer l'auteur, et on ne peut l'opposer qu'à lui-même : « In hac actione designari oportet cujus dolo fac« tum sit, quamvis in metu non sit necesse (2). » Il est, en effet, plus facile de se tenir en garde contre le dol que contre la violence. Un homme doué d'une vigilance ordinaire peut souvent se garder des piéges qu'on veut lui tendre, tandis qu'il ne peut pas toujours se soustraire aux menaces et aux voies de fait venant des tiers.

Action de dol. Nous retrouvons ici, comme dans le cas de la violence, trois institutions bien distinctes : 1° l'action *de dolo,* qui est infamante; aussi, le préteur ne la donne-t-il que lorsqu'on ne peut pas intenter une autre action, et s'il s'agit d'une somme ayant une certaine importance : « Nam ecce in primis, si modica summa sit, id est, usque « ad *duos aureos*, non debet dari (3) » Enfin, on la remplace par une action *in factum,* quand le procès est dirigé contre un père ou un patron, par un fils ou un affranchi; ou bien par un homme vil

Action in factum.

(1) F. 1, § 2, *de dolo.* D. 4, 3. — (2) F. 15, § 3, *de dolo.* D. 4, 3. — La formule de dol a été inventée par le préteur *Aquilius Gallus.* — (3) F. 1, § 1, 4. — F. 7, 9, § 5. — F. 10, 11, *de dolo malo.* D. 4, 3.

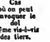
contre une personne de condition honorable (1). 2° On avait l'*exceptio doli* quand la prestation n'avait pas encore été faite, et que le créancier voulait l'exiger. On donnait plus facilement l'exception que l'action, parce que celui qui intente le procès s'y expose volontairement (2). 3° On avait enfin la *restitutio in integrum* dans les cas où les deux premiers moyens auraient été inefficaces. Si, par exemple, j'ai été amené par dol à vendre ma maison à un homme insolvable et que j'aie fait la mancipation, l'action *de dolo* ne me servirait qu'à venir réclamer dans l'actif de l'acheteur un dividende insuffisant, en qualité de créancier chirographaire; au contraire, après la *restitutio in integrum,* je puis agir *in rem,* revendiquer ma maison et la reprendre, sans concourir avec les autres créanciers (3).

Exception de dol.



De même, si on m'a amené, par des manœuvres frauduleuses, à accepter ou à répudier une succession, il me faudra évidemment la restitution en entier pour revenir sur ces actes.

Enfin on peut citer le cas où un juge, trompé par de faux témoignages, a condamné le défendeur à payer une somme; on reviendra sur la chose jugée par la restitution en entier (4).



Il y avait quelques circonstances dans lesquelles la restitution en entier avait pour but de venir au secours de celui qui avait été la victime d'un dol pratiqué par des tiers. Ainsi, je dois comparaître en justice pour défendre contre une personne; Séius m'empêche, par dol, de me présenter devant un tribunal : j'aurai bien contre lui une action *in factum,* mais elle ne me servira à rien s'il est insolvable; le préteur donnait alors la restitution en entier, vis-à-vis de l'adversaire qui avait obtenu la sentence : « Ne propter dolum alie« num, reus lucrum faciat (5). » De même, si l'un, d'entre plusieurs cohéritiers, se dit le seul successeur du défunt, et qu'il soit condamné en cette qualité, les autres débiteurs se trouvent libérés; mais si le défendeur ne peut pas payer, on restituera le demandeur contre le jugement qui a été la suite du dol commis (6).

CHAPITRE VI.

SECOURS ACCORDÉ DANS LE CAS DE LÉSION.

En principe, la lésion n'était pas une cause de restitution; cependant il y avait deux cas dans lesquels on arrivait à des résultats analogues. D'abord dans le cas de dot estimée : si l'estimation avait été trop forte ou trop faible, celui des époux qui en souffrait pouvait faire corriger l'erreur (7).

(1) F. 11, § 1. — F. 12, *de dolo.* D. 4, 3. = (2) V. D., liv. XLIV, tit. IV, *de doli mali exceptione.* = (3) F. 6, § 1, *de contrah. emptione.* D. 18, 1. — F. 4, *de lege commissor.* D. 18, 3. — (4) F. 33, *de re judicata.* D. 42, 1. = (5) F. 3, pr., § 1, *de eo per quem.* D. 2, 10. = (6) F. 18, *de interrogat.* D. 11, 1 = (7) F. 16, § 1, *de jure dotium.* D. 23, 3.

Plus tard, les empereurs Dioclétien et Maximien déclarèrent que la vente pourrait être rescindée, quand le vendeur éprouvait une lésion de plus de moitié (1).

CHAPITRE VII.

PROCÉDURE ET EFFETS DES RESTITUTIONS EN ENTIER.

Sommaire. — 1. *Magistrats qui pouvaient accorder la restitution.* — 2. *Personnes qui pouvaient l'obtenir.* — 3. *Effets de la restitution.*

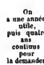
Nous revenons maintenant à la *restitutio in integrum*, et nous l'envisageons, abstraction faite de ses diverses causes.

Les grands magistrats peuvent seuls l'accorder.

D'après le droit classique, elle ne pouvait être demandée qu'aux grands magistrats, comme les préteurs, les présidents des provinces, les préfets du prétoire et l'empereur lui-même (2). Justinien déclara que tous ces magistrats pourraient déléguer, à des juges commis, le droit d'accorder les restitutions en entier (3). Mais il faut poser en principe qu'un magistrat ne peut jamais restituer contre les actes des fonctionnaires qui lui sont supérieurs ; on admettait cependant la possibilité de restituer contre la décision de celui qui avait un rang égal (4).


Personnes qui peuvent la demander.

La restitution peut être demandée, comme nous le savons, par l'héritier de celui qui aurait eu le droit de l'invoquer : quant au fidéjusseur d'un mineur, ce sera, dit Ulpien, une question de fait que celle de savoir s'il faut lui accorder la restitution en entier comme au mineur lui-même : si son intervention a été requise précisément pour garantir le créancier contre les dangers résultant de la minorité du débiteur, il n'y aura pas lieu à le restituer; si, au contraire, le fidéjusseur ignorait la circonstance de la minorité, on doit venir à son secours (5).


On a une année utile, puis quatre ans continus pour la demander.

La restitution devait être demandée à l'époque des jurisconsultes classiques dans une année utile, à partir de l'événement qui la rendait nécessaire, ou à partir de la majorité pour les actes du mineur (6). Constantin avait fait sur cette matière une série de règlements compliqués, auxquels Justinien substitua une loi très-simple en fixant à quatre ans continus le délai dans lequel il fallait demander toutes les restitutions (7).

Effets de la restitution.

La restitution a pour but de remettre les parties dans l'état où elles étaient avant l'acte; donc, si on avait livré une chose produisant des fruits, ils devaient être rendus; mais si, par contre, un prix

(1) L. 2, Cod., *de rescindenda venditione*, 4, 44. — Cf. Cod. Nap., art. 1674. = (2) F. 16, § 5. — F. 17. *de minorib.*, 4-4. — F. 26, § 1, *ad municipal.* D. 50, 1. = (3) L. 3, Cod., *ubi et apud quem.* D. 2, 47. = (4) F. 18, *de minorib.* D. 4, 4. — L. 3, Cod., *si adversus rem judicatam*, 2, 27. = (5) F. 13, *de minorib.* D. 4, 4. — Paul. Sent., l, tit. IX, § 6. — (6) F. 19, *de minorib.* D. 4, 4. — F. 1, § 1. — F. 28, § 3-4, *ex quibus causis majores.* D. 4, 6. — L. 7, Cod, *de temporib. in integr.*, 2, 53 = (7) L. 7, Cod., *de temporib. in integr.*, 2, 53.

avait été payé, il fallait le restituer avec les intérêts. Enfin, si le détenteur de la chose à reprendre avait fait des dépenses utiles, on devait ordinairement les lui rembourser (1).

Quand il y a eu répudiation d'une succession après la restitution, on donne aux héritiers des actions utiles, car celui qui avait accepté garde le titre d'héritier (2). S'il y avait lieu à revenir sur une novation ou une acceptilation, on rendait l'ancien droit avec tous ses accessoires (3). On s'est souvent demandé si la *restitutio* était *in rem*, c'est-à-dire si on pouvait la faire valoir contre toute personne, ou bien si elle était *in personam*, c'est-à-dire si ses effets devaient être renfermés entre le demandeur et le défendeur; il faut distinguer : quand on se fait restituer contre une usucapion accomplie par un tiers, contre une acceptation ou un répudiation de succession, l'effet est général, *in rem*; on peut, après la restitution prononcée, agir contre tout détenteur de la chose qu'on veut reprendre (4).

Pour les cas de contrats, l'effet de l'action est ordinairement limité à l'adversaire s'il est solvable, et si les tiers n'ont pas eu connaissance du fait amenant la restitution. Ainsi un mineur vend et demande la restitution *in integrum*, il n'aura pas d'action contre le sous-acquéreur de bonne foi, pourvu que l'acheteur primitif soit solvable (5).

QUATRIÈME PARTIE.

PREUVES DE L'EXISTENCE OU DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Nous avons toujours supposé que l'existence ou l'extinction des obligations n'était contestée par personne; mais, dans la pratique, il arrive fréquemment qu'il y a affirmation de l'une des parties et négation de l'autre; dans ce cas, il faut recourir à la preuve pour savoir où se trouve la vérité.

Notion de la preuve.

En droit, la preuve est un moyen d'arriver à la certitude que les allégations d'une personne sont conformes à la vérité. C'est un moyen de faire succéder la certitude au doute.

Dans le droit il n'y a pas de preuves. Le doute est toujours possible.

Dans bien des sciences, comme les mathématiques, la physique, la chimie, on peut arriver à la certitude à l'aide, soit de formules, soit d'expériences qui permettent de contrôler l'exactitude des résultats acquis. Dans le droit, il n'en est pas de même, on n'arrive jamais qu'à des à-peu-près, à des inductions plus ou moins probables, mais le doute reste toujours possible.

En effet, le moyen de preuve qui semble le plus efficace dans les contestations juridiques, c'est l'aveu, c'est-à-dire la reconnaissance

(1) F. 24, pr., § 4. — F. 27, § 1. — F. 39, § 1. — F. 47, § 1, *de minorib.* D. 4, 4. — F. 29, *ex quibus causis.* D. 4, 6. = (2) F. 7, § 10. — F. 31, *de minorib.* D. 4, 4. = (3) F. 27, § 2-3, *de minorib.* D. 4, 4. = (4) F. 17, 30, § 1, *ex quibus causis.* D. 4, 6. = (5) F. 13, § 1. — F. 14. 29, 40, *de minorib.* D. 4, 4. — L. 1, Cod., *si adversus vendit. pign.*, 2, 29.

que fait un débiteur de son obligation; et cependant l'expérience l'a démontré, cet aveu peut être le résultat d'une erreur, ou de tout autre motif déterminant; nous en trouvons un exemple dans le F. 18, *de interrogationibus in jure*, D. 11, 1. Une personne, héritière pour partie, dit qu'elle a succédé pour le tout au défunt, et elle se laisse condamner en cette qualité; elle a menti pour pouvoir figurer au procès sans être obligée de donner la caution *rem ratam dominum habiturum*, du chef des autres cohéritiers. Alors même qu'il s'agit de délits et de peines à supporter, on a vu quelquefois des personnes se reconnaître coupables bien qu'elles fussent innocentes. L'aveu n'est donc pas une cause absolue de certitude, cependant il y a ordinairement lieu de croire qu'on ne se reconnaît pas débiteur, si on ne doit point réellement la somme réclamée.

Ce que nous venons d'établir pour l'aveu est vrai, à plus forte raison quand il s'agit de déclarations émanées de tiers qui peuvent d'abord se tromper eux-mêmes, et qui, peut-être, ont de plus l'intention d'induire le juge en erreur dans l'intérêt de l'une des parties.

Toutefois, dans la science du droit, on a divisé les moyens qu'on possède d'approcher, autant que possible, de la certitude, en deux classes : 1° les preuves; 2° les présomptions.

1° *Les preuves.*

Division des preuves au point de vue du droit.

Ce sont les moyens que le législateur regarde comme établissant directement l'existence ou la non existence d'un fait.

Les preuves se subdivisent elles-mêmes en preuves émanant des parties, et preuves émanant des tiers.

Enfin elles sont préconstituées quand on les établit d'avance pour servir dans le cas d'une contestation qui s'élèvera peut-être dans l'avenir; ainsi les actes écrits, les *chirographa*, les *arcaria nomina*, etc. Les preuves sont non préconstituées quand on les invoque au moment même du litige; ainsi l'aveu devant le magistrat ou le juge, ainsi la preuve testimoniale.

Les preuves émanant des tiers sont toujours des témoignages qui peuvent être donnés d'avance, comme cela a lieu dans les actes dressés par les tabellions, ou qui sont formulés au moment même du litige, soit dans les enquêtes, soit à l'audience.

2° *Les présomptions.*

Les présomptions. Leur notion.

Les présomptions sont des inductions que le juge ou le législateur tire d'un fait connu pour arriver à admettre l'existence d'un fait inconnu.

Ainsi, dans le cas d'une sentence rendue, le fait connu c'est la

décision du juge; le législateur suppose qu'il a bien statué, qu'il a trouvé la vérité. Il y a là une présomption qu'on formule en disant: « Res judicata pro veritate habetur. »

Parmi les présomptions, il y a une première classe formellement établie par la loi, comme celle que nous venons de citer, et comme la présomption « Is pater est quem nuptiæ demonstrant. » Certaines présomptions légales peuvent être combattues par la preuve contraire, comme la présomption de paternité, tandis que d'autres doivent être acceptées sans contestation, ainsi la présomption de la chose jugée. Une seconde classe de présomptions est exclusivement fondée sur des circonstances accessoires, dont le juge peut apprécier la valeur comme bon lui semble; ce sera pour lui une question de fait.

Présomptions légales.

Présomptions admises par le juge.

TITRE PREMIER.

Preuves préconstituées émanant des parties et des tiers.

Sommaire. — 1. *Caractère des actes émanant des parties*, cautiones. — 2. *Conditions de validité.* — 3. *Actes émanant des tiers. Insinuation* apud acta; *actes dressés par les tabellions.* — 4. *Forme des actes.*

A. *Preuves émanant des parties.*

Les preuves préconstituées émanant des parties sont ordinairement désignées par les mots *cautiones*, *acta.* On peut citer comme exemples les *chirographa*, les *syngraphæ* et les *arcana nomiria* (1). Nous avons vu également que certains actes devaient être faits et par conséquent prouvés par écrit, comme la donation, la vente, quand les parties en étaient convenues. Enfin on pouvait, à l'occasion de tous les contrats, dresser un acte, *instrumentum*, destiné à contenir et à prouver les conventions arrêtées entre les parties.

Pour qu'un acte valût en justice, il fallait qu'il réunît trois conditions : 1° qu'il fût écrit par la partie à laquelle on l'opposait (2); 2° qu'il contînt la mention de la cause de l'obligation; 3° quand il y avait des témoins, le sénat avait ordonné que l'acte fût percé dans la marge; on y passait un fil triple, sur lequel on mettait la cire destinée à recevoir le *signum*, cachet, des témoins; sans cela, l'acte n'était pas valable (3).

Conditions pour qu'un acte puisse faire preuve.

Justinien, dans la novelle LXXIII, exige que dans les villes les actes de dépôt et de *mutuum* soient faits en présence de trois témoins, qui doivent pouvoir affirmer qu'ils ont vu signer l'acte. Mais cette règle n'est applicable que dans les villes. A la campagne, on continue à faire la preuve comme autrefois, parce que, dit l'em-

(1) G. C. III, § 128 à 135. = (2) L. 11, Cod., *qui potiores*, 8, 18. = (3) Paul. Sent., l. V, tit. XXV, § 6.

pereur : « Neque scribentium aut testium multorum copia est. » Enfin si le prêt dépasse cinquante livres d'or, il faut la *suscriptio* de trois témoins (1).

B. *Preuves émanant des tiers.*

Chez les Romains, les preuves préconstituées émanant des tiers pouvaient comprendre plusieurs classes d'actes.

Esclaves notarii.

Nous avons déjà dit que dans les familles romaines il y avait souvent un esclave appelé *notarius*, et qui était chargé, soit de tenir les écritures, soit de dresser les actes qui concernaient le maître. Ordinairement ces actes ne valaient que lorsqu'ils avaient été signés par le *dominus*. Cependant, en matière de testament militaire, Paul décide que les dispositions dictées au *notarius* devront cependant être exécutées, bien qu'elles ne soient pas signées (2).

Officiers publics chargés de dresser les actes authentiques. Les greffiers.

On trouve dans l'empire romain des officiers publics qui avaient mission de donner l'authenticité aux actes destinés à faire preuve; ainsi les greffiers, chargés de recevoir les insinuations des donations, ou les testaments qu'on voulait faire *apud acta*.

L'historien Julius Capitolinus raconte, dans la vie de Marc-Aurèle, que l'empereur avait ordonné d'enregistrer la naissance de tous les enfants dans les trente jours; à Rome, « apud præfectos ærarii « Saturnini; » et dans les provinces, « apud tabularios pu- « blicos (3).

Justinien déclara que les actes pourraient être insinués *apud defensores civitatum*, et il chargea le gouvernement de faire établir des archives dans les cités où il n'y en avait pas encore (4). »

Les tabellions. Leur nomination. Comment ils doivent procéder.

Mais les officiers publics qui avaient surtout mission de faire des actes pour autrui, c'étaient les *tabelliones*, dont il est fait mention tant de fois dans les textes du Digeste et du Code. Sous les empereurs chrétiens, les tabellions, pris autrefois dans les esclaves publics, formaient une corporation qui se recrutait, par l'élection, parmi les personnes instruites dans l'art d'écrire, et qui avaient une certaine connaissance du droit.

L'élection devait être confirmée par le préfet de la ville, et il y avait ensuite une installation solennelle du nouveau dignitaire (5). Les tabellions ne pouvaient pas être pris dans l'ordre des décurions.

Nous voyons, dans la novelle XLIV, chap. I, § 1, que chaque tabellion avait une *statio*, étude, dans laquelle on était sûr de le trouver. Quand on dressait un acte, il faisait d'abord une minute,

(1) Novelle LXXIII, ch. I, IX. — L. 17, Cod., *si certum petatur*, 4, 2. = (2) F. 40, *de testament. milit.* D. 29, 1. = (3) Scævola mentionne cette déclaration de la naissance *Apud acta*, dans le F. 29, § 1, *de probationib.* D. 22, 3. = (4) Novelle XV, ch. III, et V. = (5) V. Cujas, sur le tit. LXIX du Code, l. X, édit. de Venise, t. II, col. 162.

qu'il mettait ensuite au net. Il paraît qu'on employait déjà à cette époque le système des chartes-parties, consistant à couper l'acte en deux moitiés, qui étaient remises à chacun des contractants. Dans tous les cas, il fallait que l'officier assistât lui-même à l'acte; et Justinien, pour réprimer un abus qui s'était introduit, menace de destitution les tabellions qui envoient leurs clercs, *scribæ*, recevoir les actes, qu'ils se contentent ensuite de signer.

Les tabellions doivent dresser leurs expéditions, *charta pura*, sur des papiers ou parchemins revêtus de protocoles, c'est-à-dire de formules inscrites dans les bureaux du *comes largitionum*. Il y avait là probablement quelque mesure fiscale, analogue au timbre de nos jours (1).

La novelle XLVII a décidé enfin que tous les actes faits par les officiers publics devront commencer par indiquer : 1° l'année du règne de l'empereur; 2° le nom du consul; 3° le jour et le mois de l'indiction (2); 4° pour les actes de dépôt et de *mutuum* qui dépassent une livre d'or, il faut trois témoins; 5° les dates, qui étaient mises autrefois en abréviations, doivent être mises en toutes lettres; on n'admet plus les chiffres romains servant à désigner les nombres (3).

Remarquons en passant que la *subscriptio* exigée des témoins instrumentaires dans les testaments et dans les autres actes où ils figuraient, constituait encore une preuve préconstituée émanant des tiers.

TITRE II.

Preuves non préconstituées émanant des parties ou des tiers.

Sommaire. — 1. *Aveu du défendeur.* — 2. *Preuve testimoniale.* — 3. *Qui peut être témoin?* — 4. *Suffit-il de présenter un seul témoin?* — 5. *Serment des témoins.*

A. *Aveu du défendeur.*

L'aveu est la reconnaissance, faite par le défendeur, de la vérité des allégations émises par le demandeur.



Quand l'aveu était fait en justice et en connaissance de cause par une personne capable, on disait qu'il équivalait à un jugement : « Quia in jure confessi pro judicatis habentur; » et on donnait alors les moyens d'exécution forcée dans les mêmes délais que pour les jugements (4). Il fallait que l'aveu fût personnel; on ne pouvait

(1) Novelle XLIV, ch. I-II. = (2) On appelait *indictio* un acte impérial fixant la capitation et l'impôt foncier à payer dans chaque province. L'*indictio* se faisait d'abord tous les ans, et elle continua à être annuelle pour l'impôt foncier. A l'époque de Justinien, elle n'avait plus lieu que tous les quinze ans, pour la capitation. = (3) Novelle XLVII, ch. I-II. — Novelle LXXIII, ch. I, II, V, VIII, IX. = (4) F. 56, *de re judicata*, D. 42, 1. — F. 6, § 2, *de confessis*. D. 42, 2.

pas opposer au pupille ou au mandant la *confessio*, soit du tuteur, soit du *procurator;* on exigeait enfin que l'adversaire fût présent ou représenté (1).

Effets de l'aveu.

L'aveu, fait en justice, ne pouvait pas ordinairement être rétracté; cependant le préteur accordait quelquefois la *restitutio in integrum*, quand il y avait eu erreur de fait du *confessus*, et pourvu que celui-ci n'eût pas à se reprocher une négligence par trop grande (2).

Nous savons également qu'on n'admettait pas le retour sur l'aveu dans les actions qui croissaient au double, dans le cas de négation. On pensait qu'il y avait eu transaction pour éviter la chance de payer deux fois.

B. *Preuve testimoniale.*

Quand il n'y a pas de preuves préconstituées et que le défendeur conteste le droit du demandeur, il faut recourir à la déclaration des tiers, qui affirment qu'ils ont vu ou entendu telle chose; c'est là ce qu'on appelle faire la preuve par témoins.

La preuve testimoniale est souvent suspecte.

Dans toutes les législations, la preuve testimoniale joue un grand rôle, mais elle perd de son importance à mesure que l'écriture se propage; le législateur exige alors que l'on crée des preuves préconstituées, car elles inspirent plus de confiance que les moyens qui sont exclusivement invoqués pour les besoins de la cause pendante.

Toutefois, il faut bien poser en principe que la preuve testimoniale est de droit commun dans la législation romaine, en ce sens qu'on peut l'invoquer dans tous les cas où la loi ne le défend pas expressément.

Qui peut être témoin ?

Incapacités absolues.

Toute personne peut servir de témoin, si la loi ne l'a pas frappée d'incapacité absolue ou relative. Les incapacités absolues comprennent : 1° les *infantes*, les *proximi infantiæ*, et même, en matière criminelle, tous les mineurs de vingt ans (3); 2° les fous; 3° les esclaves, qui ne peuvent témoigner qu'autant qu'ils sont mis à la torture, et qu'on ne peut interroger contre leurs maitres que dans les cas d'adultère, de fraude faite au fisc, et de crime de lèse-majesté (4); 4° les personnes notées d'infamie par suite d'un jugement ou à cause de leurs professions, comme les *arenarii* (5). Les femmes n'étaient pas incapables de porter témoignage.

Incapacités relatives.

Les incapacités relatives étaient fondées sur des raisons d'équité. Ainsi on ne pouvait pas faire entendre comme témoin, dans un

(1) F. 6, § 3-5, *de confessis*. D. 42, 2. = (2) F. 2, 7, *de confessis*. D. 42, 2. — F. 11, § 8, *de interrogat.* D. 11, 1. — F. 15, *de probat.* D. 22, 3. = (3) F. 20, *de testibus*. D. 22, 5. = (4) F. 7, *de testibus*. D. 22, 5. — L. 1, Cod., *de quæstionib.*, 9, 41. = (5) F. 3, 5. — F. 18, 21, *de testibus*. D. 22, 5.

procès, la partie elle-même, ou des personnes qui avaient un intérêt direct à la voir triompher, comme ses fidéjusseurs, le vendeur qui lui devait garantie, les complices d'un délit (1). C'est aussi sur cette idée que reposait la défense d'entendre l'un pour l'autre le père, le fils, les personnes qui sont sous la puissance des plaideurs. Le témoignage domestique était suspect avec raison; d'ailleurs il est souvent immoral de mettre une personne dans l'alternative de violer la vérité ou de faire condamner les parents pour lesquels elle a une vive affection (2). Enfin on n'admettait pas le témoignage des personnes qui étaient en inimitié capitale avec ceux contre lesquels on les interrogeait (3).

Testis unus testis nullus.

Il n'entre pas dans notre cadre d'examiner les formes de procédure employées pour faire comparaître les témoins et terminer les enquêtes; il nous suffit de rappeler ici que sous les empereurs chrétiens, on en vint à admettre la règle si souvent invoquée dans notre ancienne législation : « Testis unus testis nullus. » A l'époque des jurisconsultes classiques, un seul témoin suffisait, quand la loi n'en demandait pas davantage; et quand elle s'exprimait au pluriel, on se contentait d'en avoir deux; mais quelquefois le chiffre était fixé, comme dans les testaments et le divorce, où il en fallait sept; comme dans les codicilles, où il en fallait cinq, etc. Constantin, qui avait déjà conseillé de ne pas croire facilement à un seul témoin, en vint à repousser totalement ce mode de preuve : « Et nunc manifeste « sancimus, ut unius omnimodo testis responsio non audiatur, « etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat. » Et maintenant nous déclarons formellement qu'on ne doit, en aucune manière, accepter la déposition d'un seul témoin, même quand il ferait partie du sénat (4).

Serment imposé aux témoins.

Autrefois les témoins n'étaient pas tenus de prêter serment avant de déposer au civil; mais Constantin rappelle, dans la même loi, qu'il a établi cette nécessité : « Jurisjurandi religione testes prius« quam perhibeant testimonium, jamdudum arctari præcipimus. » Si les parties présentaient des témoins contraires les uns aux autres, le juge ne devait pas compter les témoignages, mais bien examiner ceux auxquels il croyait devoir accorder plus de confiance; c'est ce qu'on a formulé dans le droit moderne, en disant : Les témoins ne se comptent pas, ils se pèsent (5).

Punition du faux témoignage.

Le faux témoignage était puni très-sévèrement. Paul, dans ses Sentences, mentionne l'expulsion de la curie, l'exil, la relégation.

(1) L. 11, Cod., *de testibus*, 4, 20. — V. pour le proxénète, courtier-entremetteur, la Novelle XC, ch. III. = (2) F. 9, 9, 24, *de testibus*. D. 22, 5. — L. 6, Cod., *de testibus*, 4, 20. = (3) F. 103 *de verbor. signif.* D. 50, 16. — Add. Novelle XC, ch. VII. = (4) L. 9, Cod., § 1, *de testibus*, 4, 20. = (5) F. 21, § 3, *de testibus*. D. 22, 5.

Dans les Novelles, on applique aux faux témoins la confiscation des biens et la déportation; les esclaves étaient mis à mort (1).

TITRE III.

Des présomptions établies par la loi.

Nous avons défini la présomption : la conséquence que le juge ou la loi tire d'un fait connu pour arriver à admettre l'existence d'un fait inconnu.

Il n'y a pas de règles précises pour les présomptions qui sont laissées à la sagacité du juge; c'est à l'aide de la logique qu'il arrive à se faire une conviction.

Lorsqu'au contraire la présomption est établie par la loi, il faut que le juge l'applique suivant des règles particulières. En ce qui touche la preuve de l'existence ou de l'extinction des obligations, il y a deux présomptions légales dont nous devons nous occuper, ce sont : 1° la présomption de vérité attachée à la chose jugée; 2° le serment décisoire déféré à l'une des parties.

TITRE PREMIER.

Présomption de la chose jugée.

Sommaire. — 1. *Principes sur lesquels repose cette présomption.* — 2. *Conditions pour qu'on puisse l'invoquer.* — 3. *Identité de question.* — 4. *Identité des parties.* — 5. *Du contradicteur légitime.*

La société n'étant possible que par le maintien de l'ordre dans l'agrégation des individus, il faut mettre la justice à la place de la force, il faut que le pouvoir social fasse respecter le droit de chacun; c'est pour cela qu'on établit ordinairement, chez tous les peuples, des hommes dont l'habileté et l'intégrité inspirent la confiance, et auxquels on confie la mission de prononcer sur les contestations qui s'élèvent entre les particuliers.

Pourquoi on regarde la chose jugée comme une vérité.

Quand ces hommes ont statué, il y a lieu de présumer qu'ils ont bien su ce qu'ils faisaient et qu'ils ont voulu agir conformément à la justice. Telle est la base sur laquelle repose la présomption de vérité attachée à la chose jugée; il est juste de s'en tenir à la solution donnée, parce que tout porte à croire que le juge a voulu et a pu prononcer suivant l'équité; de là cette formule romaine : « Res « judicata pro veritate accipitur (2). » La présomption de vérité a des résultats d'une utilité incontestable et qu'on a souvent confondus avec le principe lui-même. Si la chose jugée est présumée la vérité, si on ne permet plus de discuter de nouveau le fait constaté, il y a

(1) V. Paul. Sent., liv. V, tit. xv, § 5. — (2) F. 207, *de regulis juris*, D. 50, 17.

sécurité complète pour celui qui a triomphé dans les débats judiciaires. Sans doute, les juges ont pu se tromper, mais cela n'est pas probable; d'ailleurs rien ne prouve qu'un nouveau débat mènerait plus sûrement à la vérité. Il est donc juste, sous peine de tourner indéfiniment dans un cercle vicieux, de refuser au plaideur condamné la possibilité de recommencer toujours le litige (1).

Mais précisément à cause de la physionomie immuable donnée à la chose jugée, il faut bien se garder d'exagérer son application: on doit donc préciser rigoureusement les cas dans lesquels on peut l'invoquer, et les conditions à réunir pour pouvoir le faire. Conditions.

Avant tout, il faut qu'il y ait eu jugement, c'est-à-dire, réponse faite par un magistrat ou un *judex* à des questions que viennent leur poser des plaideurs. Quant aux décisions arbitrales, elles n'avaient pas à Rome la force de chose jugée (2). Il faut qu'il y ait eu jugement.

Puis, quand on eut établi divers degrés de juridiction, la décision n'acquit force de chose jugée qu'après avoir été portée devant le tribunal du dernier ressort, ou après avoir laissé écouler les délais accordés pour le faire. Tant que le juge supérieur peut réformer la sentence du juge inférieur, il est impossible de dire qu'il y ait chose jugée définitive; cependant, jusqu'à la réformation, la présomption de vérité doit être acceptée; on pourrait dire qu'il y a force de chose jugée provisoire. Passé en force de chose jugée.

De ce que les jugements sont des réponses faites à des questions posées par les plaideurs, il résulte qu'il y a impossibilité d'invoquer la présomption de vérité qu'ils créent, si la question n'est plus la même, et si les parties qui interrogent sont différentes; le bon sens suffit pour comprendre ce principe. Quand le juge a été consulté pour savoir si Séius avait raison, il est évident qu'il n'a pas répondu en ayant Sempronius en vue. De ce que le premier est mon créancier, il ne résulte pas nécessairement que le second le soit aussi; de même, quoique le juge ait déclaré que j'avais le droit de me faire livrer une maison, il n'a pas dit que j'avais aussi le droit de me faire donner un esclave. La question et les parties doivent être les mêmes.

Donc, pour qu'on puisse invoquer l'autorité de la chose jugée, il faut qu'il y ait identité parfaite entre les deux procès; que le juge puisse dire aux parties : Je vous ai déjà répondu sur ce point, je ne dois plus vous écouter; posez-moi une autre question si vous voulez que je statue de nouveau.

Ces principes sont établis dans les textes du droit romain, et nous allons voir comment on les avait formulés.

(1) F. 6, *de exceptione rei judicatæ*. D. 44, 2. = (2) F. 1, 2, *de receptis*. D. 4, 8.

PREMIÈRE CONDITION. — IL FAUT QUE LA QUESTION POSÉE AU TRIBUNAL SOIT IDENTIQUEMENT LA MÊME.

« Julianus respondit, exceptionem rei judicatæ obstare quotiens « *eadem quæstio inter easdem personas* revocatur. » Souvent, dans les textes, on désigne l'identité de question par les mots *eadem res*; il est bien certain, en effet, que si la chose demandée n'est plus la même, la question est différente (1). Aussi admet-on que celui qui a succombé dans un procès sur la possession peut encore plaider sur la propriété (2); que celui qui a perdu un procès en revendication peut intenter la *condictio* à l'occasion de la même chose, car la question de créance est différente de la question de propriété (3). Enfin, après avoir plaidé inutilement sur l'*iter*, on pouvait encore plaider sur l'*actus* (4).

Cas où l'on a deux actions pour le même fait.

Dans ces trois hypothèses, la solution apparaît aussi nette que possible, parce que la différence de question posée au tribunal est évidente; mais il y a des cas plus difficiles à analyser et dans lesquels cependant il y a encore identité de question, *eadem res*; ainsi il arrive souvent en droit romain qu'on a deux actions à l'occasion du même fait. Nous avons vu, par exemple, que si un associé détourne le fonds social, on a contre lui, soit la *condictio furtiva*, soit l'action *pro socio*; il est certain que c'est la même question sous deux formes différentes: donc, en principe, la réponse à la première empêchera de poser valablement la seconde.

Exemples de cas où il y a *eadem quæstio*.

Dans une autre circonstance, il y aura encore identité de question bien que les rôles changent et que le défendeur soit devenu le demandeur. Ainsi Séius m'attaque pour faire déclarer qu'il est premier créancier hypothécaire; je succombe, puis je veux recommencer le procès pour me faire colloquer au premier rang: il est évident que je dois être repoussé par l'exception *rei judicatæ*, la prétention est la même (5).

La pétition d'hérédité peut aussi donner lieu à des procès dans lesquels la question sera la même, bien qu'il s'agisse d'objets différents; ainsi, je commence par intenter contre Séius la pétition d'hérédité d'une manière générale, et je succombe; je ne puis plus ensuite venir réclamer une maison, un champ, etc., en qualité d'héritier (6). Il y a du reste sur ce point une règle générale à poser: quand, après avoir vainement réclamé toute une chose, on vient en demander ensuite une partie intégrante, il y a *eadem quæstio*,

(1) F. 3, 7, § 4. — F. 11, § 10. — F. 12-13-14. — F. 27, *de exceptione rei judicat.* D. 44, 2. = (2) F. 14, § 3, *de exceptione rei judicat.* D. 44, 2. = (3) F. 31, *de exceptione rei judicat.* D. 44. 2. = (4) F. 11, § 6, *de exceptione rei judicat.* D. 44, 2. = (5) F. 19, 24, *de exceptione rei judicat.* D. 44, 2. = (6) F. 7, § 4-5, *de exceptione rei judicat.* D. 44, 2.

puisqu'il s'agit toujours de savoir si on a un droit de propriété sur une fraction, quand il a déjà été déclaré qu'on n'avait absolument aucun droit sur l'entier. Il faut évidemment appliquer le même principe quand on a d'abord succombé sur la question concernant la fraction; on ne peut plus venir réclamer l'entier (1).

Les jurisconsultes romains avaient encore soulevé une discussion, qui tenait au système de la procédure formulaire. Quand on avait réclamé une chose en vertu d'une cause juridique, et qu'on avait succombé, pouvait-on encore agir à l'occasion du même objet en se fondant sur un autre motif? Ainsi je demande l'esclave Stichus parce qu'il m'a été vendu; puis-je, après avoir perdu ce premier procès, recommencer le litige en disant que ce même esclave m'est dû par suite d'une stipulation? La réponse est affirmative, sans difficulté, pour les actions personnelles. « Cum eadem res ab eodem mihi de« beatur, singulas obligationes singulæ causæ sequentur, nec ulla « earum alterius petitione vitiatur. » Quand la même chose est due par la même personne, chaque obligation forme une cause nouvelle, et la demande intentée en vertu de l'une n'empêche pas d'agir en vertu des autres (2). Différence entre les actions *in rem* et *in personam* pour la *causa*.

Pour les actions *in rem*, il y a une première distinction à faire. Si le plaideur invoque une cause postérieure au premier procès, il est certain que l'exception de la chose jugée n'est pas opposable. Ainsi, Paul, qui revendiquait une maison, a perdu son procès; depuis, un tiers lui lègue *per vindicationem* ce même édifice: il pourra de nouveau soulever la question de propriété (3). Le jugement sur la propriété embrasse toutes les causes.

Mais si toutes les causes étaient antérieures au jugement, on admettait que la chose jugée embrassait toutes les questions qu'on aurait pu soulever à l'occasion de la propriété. La formule posait au juge la question : « Si paret rem Auli Agerii esse? » Il a répondu : « Mihi non paret. » Cette réponse embrasse tous les cas. « Nam « qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vin« dicatione prima in judicium deduxit. » Car la première revendication a fait juger la question de propriété quelle qu'elle fût, et sans distinction d'origine (4). Cependant, si on en croit le F. 14, § 2, *de except. rei judicatæ*, D. 44, 2, le jurisconsulte Paul aurait admis qu'on pouvait éviter cette conséquence en indiquant dans la première formule la cause juridique sur laquelle on basait sa revendication; on aurait dit, par exemple, qu'on agissait en vertu d'une mancipation, et dans le second procès on aurait invoqué un legs *per vindicationem*, etc. Si on avait négligé de faire cette mention, L'opinion de Paul est différente.

(1) F. 7, pr., *de exceptione rei judicat.* D. 44, 2. = (2) F. 14, § 2, *de exceptione rei judicat.* D. 44, 2. = (3) F. 11, § 4, *de exceptione rei judicat.* D. 44, 2. = (4) F. 11, § 5, *de exceptione rei judicat.* D. 44, 2.

on ne pouvait plus agir : « At cum in rem ago, *non expressa causa* « ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione adprehen- « duntur; *neque enim amplius quam semel* res mea esse potest, « sæpius autem deberi potest. » Mais si j'intente l'action *in rem*, sans indiquer la cause en vertu de laquelle je me prétends propriétaire, toutes les causes sont comprises dans une seule demande, car la chose ne peut m'appartenir qu'une fois, tandis qu'elle peut m'être due plusieurs fois (1). On n'est pas d'accord sur la partie de la formule *in rem* où la cause devait être exprimée. M. Heffter la place dans l'*intentio*; M. de Savigny, avec plus de raison suivant nous, en fait l'occasion d'une *præscriptio* : « Ea res agatur de fundo « mancipato... de fundo per do lego legato (2). » Il pense même que dans la seconde formule on mettait seulement : « Ea res agatur « de eadem re alio modo; » à l'appui de son opinion, il cite deux textes de Cicéron. Dans une lettre à Servius, le grand orateur écrivait... « Tamen non parcam operæ et *ut vos soletis in formulis*, sic « ego in epistolis : de eadem re, alio modo (3). » Puis, dans son traité *de Finibus*, 5, 28, il dit encore : « Quæ cum Zeno didicisset a « nostris : ut in actionibus præscribi solet, de eadem re agit alio « modo (4). »

Où devait-on exprimer la cause ?

DEUXIÈME CONDITION. — IL FAUT QUE LA QUESTION SOIT AGITÉE ENTRE LES MÊMES PARTIES.

« Sæpe constitutum est res inter alios judicatas aliis non præju- « dicare (5). » Il a été souvent décidé que la chose jugée entre des tiers ne préjugeait aucunement les questions élevées entre d'autres personnes. Cette règle est encore formulée par Paul de la manière suivante : « Tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo « nomine agitur, aliam atque aliam rem facit. »

L'identité des personnes peut donner lieu à quelques difficultés, parce que souvent, au point de vue du droit, deux hommes n'en font qu'un. Ainsi ceux qu'on appelle les ayants cause, c'est-à-dire les successeurs à titre singulier ou universel, ne font que représenter leurs auteurs; ils ne pourront donc pas venir agiter de nouveau la question résolue contre ceux-ci ou avec ceux-ci (6). On admet également qu'on peut opposer l'exception de la chose jugée à ceux qui, pouvant agir eux-mêmes, ont sciemment laissé d'autres personnes plaider à leur place. Ainsi, un débiteur laisse le créancier

Les ayants cause représentent leurs auteurs.

(1) Des auteurs, comme Puchta, ont contesté le sens donné aux expressions de Paul; ils pensent qu'il s'agit ici du cas où il y aurait une nouvelle cause postérieure au premier procès. = (2) Arg. G. C. IV, § 131. = (3) Cicéron, *ad familiares*, 13, 27. = (4) Cf. M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. VI, app. XVII. = (5) F. 63, *de re judicat.* D. 42, 1. — F. 22, *de exceptione rei judicat.* D. 44, 4. — Add. L. 2, Cod., *quibus res judicata*, 7, 56. = (6) F. 9, § 2. — F. 11, § 3, 8, 9. — F. 28, *de exceptione rei judicatæ.* D. 44, 2.

gagiste défendre sur la question de propriété du gage; un mari laisse son beau-père plaider à l'occasion des biens qui forment la dot. On est censé, dans ce cas, avoir ratifié d'avance ce qui serait jugé (1).


Les *correi*, les fidejusseurs se représentent-ils?

La question de savoir si les *correi*, les *fidejussores*, etc., ont été représentés les uns par les autres, peut donner lieu à des difficultés que le juge devra résoudre suivant les principes de chaque matière; mais il faut rappeler que, dans certains cas, la chose jugée contre des tiers influait sur le sort des procès que pourraient vouloir soulever d'autres personnes; c'est ce qu'on a appelé, dans le droit moderne, la théorie des contradicteurs légitimes. On doit comprendre, sous cette expression, des personnes auxquelles la loi a donné la mission exclusive de défendre au procès, de telle sorte que ce qui a été jugé pour ou contre elles est jugé pour ou contre tous ceux qui ont un intérêt analogue. Sans nous occuper ici de la portée qu'on peut donner à ce principe, nous citerons trois cas dans lesquels les Romains l'appliquaient.

Du contradicteur légitime.

1° Dans les questions de filiation légitime; tout ce qui était jugé pour ou contre le mari de la mère était jugé contre tout le monde (2).

2° La question d'ingénuité jugée, sans collusion, avec une personne qui se disait patronne du prétendu affranchi, était jugée contre tout autre prétendant aux droits de patronage (3).

3° Enfin, dans le cas où le testament tombait, par suite de la *bonorum possessio contra tabulas*, ou d'une *querela inofficiosi testamenti*, dirigée contre l'héritier testamentaire, les légataires ne pouvaient pas renouveler le procès, ils avaient seulement le droit d'interjeter appel si l'héritier ne l'avait point fait (4).

Nous devons rappeler, en terminant, que l'autorité de la chose jugée est quelquefois détruite par la *restitutio in integrum*.

CHAPITRE II.

DU SERMENT.

Sommaire. — 1. *Définition du serment.* — 2. *Du serment extrajudiciaire.* — 3. *Du serment nécessaire ou décisoire* — 4. *Du serment judiciaire.*

Le serment est une affirmation solennelle, faite sous l'invocation d'une chose objet de notre culte ou de notre respect.

Définition du serment.

(1) F. 63, *de re judicata.* D. 42, 1. — L. 1, Cod., *quibus non objicitur*, 7, 56. = (2) F. 1, § 16. — F. 2, 3, *de adgnoscendis liberis.* D. 25, 3 = (3) F. 25, *de statu hominum.* D. 1, 5 — F. 27, § 1, *de liberali causa.* D. 40, 12. — F. 14, *de jure patronatus.* D. 37, 14. — F. 1, 4, *de collusione detegenda.* D. 40, 16. = (4) F. 50, § 1, *de legatis*, 1°. D. 30. — F. 14, *de appellat.* D. 49, 1. — F. 6, § 1. — F. 8, § 16. — F. 17, § 1, *de inofficioso testamento.* D. 5, 2.

On comprend facilement comment il n'y a là qu'une simple présomption. Celui qui jure *per Jovem, per salutem principis* peut très-bien mentir; cependant on ne présume pas qu'il le fasse, parce qu'en jurant, il est censé se dévouer à la vengeance de la divinité s'il s'écarte de la vérité.

Les Romains reconnaissaient trois espèces de serments, qu'on retrouve encore en droit français : 1° le serment extrajudiciaire; 2° le serment nécessaire; 3° le serment judiciaire.

A. *Le serment extrajudiciaire.*

C'est le serment prêté en dehors de la présence du juge, et dont la partie qui l'invoque doit établir l'existence par témoins ou par écrit, comme elle doit établir l'existence de toutes les autres preuves.

Instit., l. IV, tit. VI.

§ 11. Si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

Si une personne a juré, sur la demande de son adversaire, qu'on lui devait la somme qu'elle réclamait, et si on ne la paye pas, elle aura, avec raison, une action dans laquelle on examinera, non pas si on lui doit, mais bien si elle a juré.

Si le défendeur avait juré qu'il ne devait pas, il se défendrait par l'exception *jurisjurandi.* Du reste, la nécessité d'établir l'existence même de ce serment empêche de le classer parmi les présomptions.

B. *Serment nécessaire.*

Ce qu'est le serment nécessaire.

Ce serment, qu'on appelle en droit français serment décisoire, est celui que l'une des parties défère, devant le magistrat ou le juge, à son adversaire, pour en faire dépendre le gain du procès. Ainsi, Séius demande à Sempronius le payement de dix mille sesterces, et celui-ci lui répond : Jurez que je ne vous ai pas payé. C'est comme s'il disait : Dans le cas où vous jurerez qu'il n'y a pas eu payement, je m'engage à l'effectuer. Il y a là une sorte de transaction : « Jusjurandum speciem transactionis continet. » De là cette conséquence, qu'on ne peut le déférer que sur des matières susceptibles de transaction et à des personnes capables de transiger; dès lors, le serment prêté par le pupille ou par le prodigue seul n'aurait aucun effet juridique (1). Les fils de famille avaient le droit de déférer le serment sur leur pécule; quant aux esclaves, il y avait difficulté, mais nous pensons qu'ils pouvaient également le faire quand le maître leur donnait la *libera peculii administratio* (2). Quant au *procurator*, il fallait qu'il eût reçu un mandat spécial pour cela, ou qu'il fût administrateur de tous les biens (3).

Il contient une sorte de transaction.

(1) F. 17, § 1. — F. 35, § 1, *de jurejurando.* D. 12, 2. = (2) F. 5, § 2, *de peculio.* D. 15, 1. — F. 20, 22, *de jurejurando.* D. 12, 2. = (3) F. 17, § 3. — F. 18-19, *de jurejurando.* D. 12, 2.

On ne pouvait déférer le serment ni aux vestales ni aux flamines de Jupiter.

On ne peut déférer le serment que sur un fait personnel

Le serment ne pouvait être déféré à l'adversaire que sur un fait personnel; les héritiers, par exemple, ne pouvaient pas être forcés à jurer sur les actes du défunt (1).

Pourquoi le serment est appelé nécessaire.

Le serment est appelé nécessaire, parce que celui auquel on le défère régulièrement doit jurer ou payer. « Prætor ait : eum a quo « jusjurandum petetur solvere aut jurare cogam. » Il est certain que celui auquel on s'en rapporte a mauvaise grâce de refuser d'affirmer qu'il n'est pas débiteur. Cependant on lui donne encore une autre faculté, c'est de *référer* le serment, c'est-à-dire de renvoyer à l'adversaire l'obligation de jurer qu'il a raison; sinon il perdra son procès. Mais il faut user de l'un ou de l'autre droit; car, dit Paul, « manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare, nec jusjurandum referre (2). » Ici encore le serment référé est nécessaire.

On peut référer le serment.

Forme du serment.

Il fallait du reste que le serment fût déféré dans une forme rationnelle et légale; ainsi, on ne permettrait pas de prendre pour base une religion défendue. Sauf cette restriction, on pouvait adopter la formule qu'on voulait : « Per caput tuum, per genium principis, etc. » Si les parties n'étaient convenues d'aucune forme, le *judex* la fixait lui-même (3).

Effets du serment.

Le serment prêté entraînait l'absolution ou la condamnation, suivant le sens dans lequel il avait été posé (4); sa force était inattaquable ; on disait : « Majorem auctoritatem habet quam res « judicata, » parce qu'il n'était soumis à aucune des voies de recours par lesquelles on pouvait attaquer les jugements. Pour faire exécuter l'obligation établie par le serment, le créancier avait une action *in factum ad similitudinem judicati* (5).

C. *Le serment judiciaire.*

Dans quels cas il intervient.

C'est le serment que les auteurs modernes appellent quelquefois serment supplétoire, et que le Code Napoléon nomme serment déféré d'office. Le juge y a recours quand il n'a pas d'éléments suffisants pour baser sa condamnation ou évaluer les dommages et intérêts. « In bonæ fidei contractibus, necnon etiam in cæteris « causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa co« gnita res decidi oportet (6). » Dans les contrats de bonne foi, et aussi dans les autres procès, si le juge manque de preuves, il peut décider l'affaire en déférant le serment suivant les circonstances. Ce

(1) F. 42, *de regulis juris*. D. 50, 17. — Paul. Sent., liv. II, tit. 1, § 4. = (2) F. 32, § 6-7. — F. 38, *de jurejurando*. D. 12, 2. = (3) F. 3, § 4. — F. 4, 5, § 1-2, *de jurejurando*. D. 12, 2. = (4) F. 7, *de jurejurando*. D. 12, 2. = (5) L. 8, Cod., *de rebus creditis*, 4, 1. — Cf. Code Nap., art. 1358 à 1365. = (6) L. 3, 10, Cod., *de rebus creditis*, 4, 1.

serment pouvait être attaqué lorsque, postérieurement à la sentence, on découvrait des pièces établissant qu'il y avait eu parjure de l'adversaire (1).

Pour le déférer en matière de dommages et intérêts, il faut qu'il y ait dol.

Quant à la fixation des dommages et intérêts par serment, elle ne peut avoir lieu que s'il y a eu dol de l'adversaire; alors le juge défère le serment à la partie lésée, soit *cum taxatione*, en fixant un maximum, soit *sine taxatione*, en laissant toute liberté à celui qui jure; mais dans tous les cas, on peut réduire l'évaluation faite par le demandeur (2). En principe, ce serment n'était pas déféré dans les actions de droit strict. « Alias si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem jurari (3). »

TITRE IV.

Force relative des preuves. A qui incombe l'obligation de prouver.

Sommaire. — 1. *Principes généraux.* — 2. *Admission de la preuve testimoniale dans tous les cas.* — 3. *Peut-on prouver par témoins contre les actes écrits?* — 4. *Qui doit faire la preuve de l'*intention? — 5. *A qui incombe la preuve dans les actions négatoires?* — 6. *Dans les* exceptiones.

Nous avons déjà dit comment certaines présomptions admettaient la preuve contraire, tandis que d'autres la repoussaient. Quant aux actes écrits, ils faisaient foi quand on représentait l'original; mais on en était venu à ajouter plus de foi aux actes rédigés par les tabellions, et à ceux qui avaient la subscription de trois témoins, qu'aux simples écrits intervenus entre les particuliers (4).

Enfin, on ne considérait pas comme preuves les simples mentions émanées de la partie qui voulait s'en prévaloir; ainsi, les notes, les papiers domestiques devaient être appuyés par d'autres indices; il en était de même quand le créancier mentionnait une nouvelle dette sur un *chirographum* qu'il avait entre les mains (5).

En principe on admet la preuve testimoniale dans tous les cas.

Sauf quelques exceptions, la preuve testimoniale était admise dans tous les cas. On disait : « In exercendis litibus, eamdem vim obtinent « tam fides instrumentorum quam depositiones testium. » On pouvait aussi suppléer par témoins à la perte des titres (6).

Mais que fallait-il décider quand il y avait contradiction entre les témoins et les actes écrits; en d'autres termes, pouvait-on prouver outre et contre le contenu aux actes écrits?

(1) F. 31, *de jurejurando.* D. 12, 2. = (2) F. 1, § 2-3-1. — F. 5, pr, § 1-2-3-1, *de in litem jurando.* D. 12, 3. = (3) F, 6, *de in litem jurando.* D. 12, 3. = (4) F. 2, *de fide instrument.* D. 22, 4. — L. 10, Cod., *si certum.* 4, 2. — L. 11, Cod, *qui potiores*, 8, 18. = (5) F. 31, *de probat.* D. 22, 3. — L. 5, 6, 7. Cod., *de probationib.*, 4, 19. — Novelle CXIX, ch. III. = (6) L. 7, § 11, 13, Cod., *de fide instrument.*, 4, 21. — L. 12, Cod, *de probationib.*, 4, 19. L'ingénuité devait être prouvée par écrit. — L. 2, Cod, *de testibus*, 4, 20.

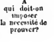
On ajoute plus de foi aux écrits qu'aux témoins.

Le Fragment 10, *de probationibus*, D. 22, 3, porte : « Census et « monumenta publica *potiora* testibus esse, senatus censuit. » La loi première au Code *de testibus*, 4, 20, est ainsi conçue : « Contra « scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur. » C'est une restitution faite par Cujas d'après les Basiliques, mais le principe est incontestable, car Paul dit dans ses Sentences : « Testes, « cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam inter- « rogari non possunt (1). » Il en résulte donc que, d'après les textes de la compilation justinienne, on ajoutait plus de foi aux écrits qu'aux témoignages, et cela avec raison, les preuves préconstituées étant plus rarement falsifiées en vue d'un procès futur. On pouvait, du reste, attaquer à l'aide de témoins un acte pour prouver qu'il était faux, mais il y avait une peine, tantôt de vingt-quatre solides, tantôt du double de la somme portée dans l'acte, quand on avait à tort attaqué l'acte ou dénié sa propre écriture (2).

Cas où les témoins sont crus contre les actes écrits.

Nous avons constaté cependant que, dans certains cas, la preuve testimoniale était admise contre les écrits; ainsi, pour l'exception *non numeratæ pecuniæ*, bien que le *chirographum* mentionne la numération des espèces, on peut établir par témoignage la fausseté de cette allégation. Il en est de même pour le § 12, *de inutilibus stipulationibus*, aux Institutes, liv. III, tit. XIX. Encore qu'il y ait un écrit établissant la présence des contractants, on peut prouver, par des témoins honorables, *per idoneos testes*, qu'on a été absent tout le jour dans lequel l'écrit a été fait.

Il faut dire, en résumé, que la preuve testimoniale, admise dans presque toutes les contestations, n'était pas directement opposable aux actes écrits; mais les témoins pouvaient être appelés pour établir la fausseté du titre invoqué.



Enfin, à qui incombait le fardeau de la preuve? L'importance de cette question est extrême, puisque jusqu'à ce que la preuve soit faite, le défendeur n'a rien à redouter. Si le demandeur ne prouve pas l'existence de son droit, l'adversaire est renvoyé du procès sans qu'on examine s'il est fondé, par exemple, à détenir la chose contestée; on applique ici la maxime : « In pari causa melior est causa « possidentis; » ni l'un ni l'autre des plaideurs n'a prouvé sa propriété, il n'y a pas de raison pour enlever la possession au défendeur, et pour la donner au demandeur.

Il y a trois points à examiner ici : 1° qui doit faire la preuve dans les questions ordinaires; 2° dans les actions négatoires, données à l'occasion des servitudes; 3° dans les exceptions.

(1) Paul. Sent., liv. V, tit. XV, § 4. — Cf. Cod. Nap., art. 1341. = (2) L. 16, Cod., *de fide instrument.*, 4, 2¹. — Novelle XVIII, ch. VIII.

Règle générale : Le demandeur doit prouver.

La règle générale est celle-ci : « Ei incumbit probatio qui dicit, « non ei qui negat; » ce qui signifie : La preuve doit être faite par celui qui élève une prétention, et non par celui qui la repousse (1). On peut encore formuler la règle en disant : C'est à celui qui veut changer l'état de fait existant à établir qu'il en a le droit.

Cependant la question peut se compliquer, et la preuve peut paraître se déplacer, sans que l'on soit cependant en opposition avec la règle que nous venons d'établir. Ainsi, on demande à Titius une somme de dix mille sesterces; il reconnaît bien l'avoir empruntée, mais il prétend qu'il y a eu *solutio* ou extinction de la dette par tout autre moyen. Ici, la preuve devra être faite par le défendeur, qui devient demandeur à son tour. Puisqu'il reconnaît l'existence du *mutuum*, la prétention de l'adversaire est prouvée; et, puisqu'il ajoute que le droit est éteint, il faut qu'il le démontre. Justinien exige que cette preuve soit faite par écrit, ou à l'aide de cinq témoins honorables. S'il y avait eu une quittance perdue, on pouvait établir la perte par témoins, sans qu'il fût nécessaire d'en réunir un aussi grand nombre (2).

Encore une fois, dans les procès ordinaires, c'est au demandeur à faire la preuve; le défendeur n'a qu'à lui répondre et à combattre ses allégations.

Preuve dans les actions concernant les servitudes.

Lorsqu'il s'agit d'examiner la question de preuves en matière de servitudes, il faut examiner la condition des propriétaires des fonds, et la position de ceux qui prétendent avoir droit aux servitudes.

Dans les procès sur la propriété, il n'y a pas de difficultés; le possesseur doit attendre qu'on vienne l'attaquer, et prouver que le fonds ne lui appartient pas. Il ne lui est point permis de prendre l'initiative et d'aller soutenir que Paul, par exemple, n'est pas propriétaire de la chose dont il est lui-même en possession; cette preuve ne servirait à rien. Bien plus, s'il a perdu la possession, il peut la reprendre, à l'aide des interdits *recuperandæ possessionis.*

Mais en matière de servitudes, il y a deux positions différentes.

Action confessoire.

Une personne prétend avoir un droit de passage ou d'usufruit sur mon champ; pour l'établir elle intentera contre moi une *rei vindicatio,* désignée sous le nom d'*actio confessoria,* action confessoire; alors la preuve suit la marche régulière, le demandeur doit établir son droit (3).

Action négatoire.

La seconde position se présente, soit quand une personne exerce déjà sur mon fonds une servitude que je nie exister réellement, soit quand j'apprends que cette personne se prépare à user d'un prétendu

(1) F. 2, 5, § 1, *de probationib.* D. 22, 3. — F. 2, § 3, *familiæ ercisc.* D. 10, 2. — F. 2, § 1, *communi dividundo.* D. 10, 3. = (2) L. 18, Cod., *de testibus*, 4, 20. = (3) F. 5, § 6, *si ususfructus.* D. 7, 6.

droit que j'entends lui contester. Dans ces deux cas, je puis intenter une action que les textes appellent *actio negativa* ou *negatoria*.

Exemple.

Ainsi un propriétaire apprend que Paul son voisin a l'intention d'élever sa maison de telle sorte qu'il se trouvera soumis à un *stillicidium;* il peut intenter une action négatoire pour établir que l'édifice ne doit pas être construit de telle ou telle manière; on dit alors que le demandeur est tout à la fois : « *Juris possessor et petitor*. Nam cum sit nihil innovatum, ille possidet, et ædificantem « me prohibere potest (1). »

Au contraire, le voisin peut avoir déjà bâti, alors il possède le droit : « Sed et si patiente eo ædificavero, ego possessor ero effectus ; » dans ce cas, il faut prendre l'initiative et intenter l'action *negatoria*.

§ 2. Æque si agat, jus sibi esse de fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, *in rem actio est*. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum, veluti si agat, jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi in vicini ædes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque proditæ sunt actiones, ut, si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi, istæ quoque actiones in rem sunt, *sed negativæ*. Quod genus actionis in *controversiis rerum corporalium proditum non est :* nam in his is agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse. Sane *uno casu qui possidet*, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.

Instit., l. IV, tit. VI.

Si quelqu'un agit pour établir qu'il a un droit d'usufruit sur mon fonds ou sur ma maison, ou bien le droit de passer sur les champs de son voisin, ou d'y construire un aqueduc, c'est une action *in rem*. L'action pour les servitudes urbaines a le même caractère : si on prétend, par exemple, qu'on a le droit d'élever sa maison, le droit de prospect ou de saillie, ou bien encore le droit d'appuyer sa poutre sur le mur de son voisin. Par contre, on a également établi des actions pour l'usufruit, les servitudes rustiques et urbaines; de telle sorte que si on prétend en justice que l'adversaire n'a pas le droit de jouir, de passer, de conduire l'eau, d'élever sa maison, d'avoir un prospect, de construire en saillie, ou d'appuyer sa poutre, ce sont bien encore des actions *in rem*, mais *négatoires*. Ce genre d'action n'est pas admis dans les procès à l'occasion des choses corporelles, car alors c'est celui qui ne possède pas qui agit ; on ne donne pas d'action pour nier que la chose soit au demandeur. Cependant il y a un cas où celui qui possède joue le rôle de demandeur, comme cela apparaîtra plus clairement dans les livres du Digeste.

Pourquoi l'action négatoire a lieu en matière de servitudes.

Ainsi, l'action négatoire, accordée pour les servitudes, est refusée pour les choses corporelles. Cette différence s'explique historiquement : autrefois, on considérait les choses incorporelles comme n'étant pas susceptibles de possession; on ne pouvait donc point y appliquer les interdits. Si quelqu'un s'empare de mon fonds, je puis me le faire rendre, soit par l'interdit *uti possidetis*, soit par les inter-

(1) F. 6, § 1, *si servitus vindicetur*. D. 8, 5.

dits *recuperandæ possessionis*; au contraire, si on passe sur mon fonds, je n'ai pas d'autre moyen que l'action négatoire pour établir qu'il y a eu exercice illicite du droit de passage.

Interdits utiles créés par le droit prétorien.

Avec le temps, cependant, le droit prétorien assimila à peu près la possession des servitudes à la possession des choses corporelles; c'est ce qu'on appelait la *quasi juris possessio,* et on donnait pour la protéger des *interdicta veluti possessoria* (1). Les actions négatoires restèrent en usage malgré cette innovation; on pouvait donc choisir entre les interdits et ce mode de procédure, qui, du reste, présentait encore une grande utilité, puisqu'il permettait aux personnes intéressées de prendre l'initiative et de prévenir les actes qui auraient porté atteinte à leurs droits.

Difficulté pour la preuve.

Mais ce qui a fait naître des difficultés, c'est la question de preuve dans les actions négatoires. Des auteurs ont soutenu que si le propriétaire refusait de reconnaître une servitude, c'était à l'adversaire à prouver qu'elle existait réellement. On disait, pour établir ce système, que la propriété étant sortie libre des mains du Créateur, celui qui voulait la démembrer devait prouver qu'il en avait le droit. Mais ce système est tout à fait contraire aux textes du droit romain.

Il faut appliquer la règle ordinaire.

Théophile fait très-bien remarquer, dans sa paraphrase, que l'action négatoire est, en réalité, une action confessoire, dans laquelle on soutient que le fonds n'a jamais été grevé de servitude : or, « onus « probandi ei incumbit qui dicit. » Ceci est, du reste, établi d'une manière irréfutable par le Fragment 15, *de operis novi nunciatione*, D. 39, 1. Voici ce que suppose le jurisconsulte Africain : Une personne sachant que son voisin veut bâtir lui envoie une *vocatio in jus,* pour établir qu'il n'a pas le droit *altius tollendi*, c'est intenter

Exemples donnés par Africain.

l'action négatoire; le défendeur ne comparaît pas. S'il veut bâtir plus tard, il faudra qu'il prenne le rôle de demandeur et qu'il établisse son droit; c'est ainsi qu'on punit sa contumace. Le jurisconsulte continue en renversant l'hypothèse : Séius veut établir qu'il a le droit *altius tollendi*, il intente l'action confessoire, mais son adversaire ne se présente pas pour y défendre; Séius devient en quelque sorte *possessor juris*; pour l'empêcher de construire, il faudra qu'on intente contre lui l'action négatoire : « Eaque ratione hacte- « nus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare « necesse haberet; *id enim esse petitoris partes sustinere.* » Par ce moyen, celui qui ne défend pas au procès sera puni en étant soumis à la nécessité de prouver son droit, c'est-à-dire de prendre le rôle de demandeur

Ainsi Africain dit formellement que, dans la seconde hypothèse, celui qui exerce l'action négatoire doit faire la preuve.

(1) F. 20, *de servitut.* D. 8, 1 — F. Vatic., § 90-91.

Nous dirons donc d'une manière générale que, toutes les fois qu'on sera demandeur dans une action confessoire ou négatoire, on devra faire la preuve qu'on élève une prétention bien fondée (1).

Pour les exceptions, la règle est établie par Ulpien : « Agere etiam « is videtur qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor « est; » celui qui use d'une exception est considéré comme soulevant une prétention, car le défendeur devient demandeur quant à son exception (2). L'exactitude de cette règle est facile à comprendre : quand on poursuit une personne, et qu'elle veut se défendre à l'aide de l'exception de dol ou de pacte, elle doit évidemment prouver l'existence de la convention ou des machinations frauduleuses.

Qui doit faire la preuve dans les exceptions?

Il n'y a qu'une seule dérogation à cette règle, c'est pour l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Quand le défendeur, tout en reconnaissant son écriture, prétend que la somme n'a pas été comptée, il faut que le demandeur prouve la numération des espèces : « Compellitur « petitor probare pecuniam tibi esse numeratam, quo non impleto « absolutio sequetur (3). »

CINQUIÈME PARTIE.

SANCTION DES OBLIGATIONS.

On entend par sanction des obligations tout moyen de contrainte employé pour amener un débiteur à exécuter son obligation.

Notion de la sanction.

Dans le droit, on dit avec raison : « Nemo potest precise cogi ad « factum; » mais on peut du moins arriver, à l'aide de la force sociale, à des équivalents plus ou moins rapprochés.

Si le débiteur a promis de *dare*, il n'y a pas de puissance humaine qui puisse le contraindre à faire la mancipation, la *cessio in jure*, ou la tradition; mais on obtiendra un équivalent très-rapproché, en saisissant la chose et en la remettant entre les mains du créancier. Pour les obligations de *facere*, on peut chercher un autre ouvrier qui fera le travail aux frais de celui qui l'avait promis. Enfin, s'il est

Théorie des équivalents.

(1) Le texte des Institutes, que nous avons cité plus haut, a donné lieu a une grande controverse sur le sens des mots : *sane* uno casu *qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet*. M. Ducaurroy voulait que ce cas unique se trouvât dans l'exception *justi dominii*. D'autres auteurs ont cru qu'il s'agissait là des interdits doubles *quem fundum et quam hereditatem*, lorsque le possesseur qui ne donne pas la caution *judicatum solvi* est obligé de prendre le rôle de demandeur. Un troisième avis consiste à placer l'*unus casus* dans le paragraphe même des Institutes, et à dire qu'il s'agit de l'action négatoire, dans laquelle on peut être *juris possessor et petitor*. Enfin on pourrait soutenir que Justinien fait allusion à l'hypothèse du F. 15, *de operis novi nunciatione*, puisque le possesseur qui a commencé par faire défaut est ensuite obligé *petitoris partes sustinere*. = (2) F. 1, *de exceptionib.*, D. 44, 1. = (3) L. 3, Cod., *de non numerata pecunia*, 4, 30.

impossible d'arriver à ces deux premiers équivalents, il en reste un dernier, c'est de saisir les biens du débiteur, de les convertir en argent, et de donner aux créanciers une indemnité appelée, dans notre langage moderne, les dommages et intérêts.

Tous les moyens employés pour arriver à ces résultats sont des sanctions, et on peut les ramener à deux classes : 1° la saisie de la personne; 2° la saisie des biens.

Nous avons déjà parlé de la saisie de la personne en nous occupant des *nexi* et des *addicti* (1). C'est en traitant des voies d'exécution des jugements que nous verrons les formes suivies pour saisir les biens.

Comment on peut établir les dommages et intérêts.

Nous allons nous occuper ici seulement de la théorie des dommages et intérêts, c'est-à-dire de l'indemnité qui peut être réclamée par un créancier, quand le débiteur n'a pas fait la *solutio*.

L'indemnité peut être établie de trois manières :

1° Par la loi elle-même, qui détermine la somme à payer : ainsi le tuteur qui a frauduleusement détourné la chose du pupille doit la payer au double (2); ainsi quand le législateur fait courir les intérêts à 12 pour cent;

2° Les juges sont, le plus souvent, chargés de déterminer les sommes qui devront être payées par l'une des parties, et ils prendront ordinairement deux points de départ pour fixer la condamnation : d'un côté le dommage réellement éprouvé, *damnum emergens;* et de l'autre le gain qu'on a manqué de faire, *lucrum cessans;*

3° Enfin, les parties fixent quelquefois elles-mêmes les dommages et intérêts à payer par celle qui manquera à sa promesse, c'est ce qu'on appelle ordinairement la clause pénale.

Il est évident que, de ces trois modes, deux seulement sont susceptibles d'explications; quand la loi prononce, sa décision doit être appliquée littéralement, sauf à dire, suivant les circonstances : « Dura lex, scripta tamen. »

CHAPITRE PREMIER.

DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS.

Sommaire. — 1. *On ne répond pas du cas fortuit* — 2. *Distinction entre les actions de droit strict et de bonne foi.* — 3. *Règles suivies pour calculer les dommages et intérêts.*

Nemo præstat casum.

Lorsque le juge avait à statuer sur les conséquences de l'inexécution d'une obligation, il devait d'abord tenir compte d'une première règle, c'est que personne n'est responsable du cas fortuit ou de la force majeure, tant qu'il n'y a pas eu mise en demeure ou faute du

(1) V. t. I, p. 155. = (2) F. 1, § 20, *de tutela*. D. 27, 3.

débiteur. Nous avons déjà formulé ce principe en disant : « Nemo « præstat casum. » Il en est de même des cas où l'on n'a fait qu'user d'un droit, quand, par exemple, on tue l'esclave promis, parce qu'on le prend en flagrant délit de crime, etc. Dans les cas où il y avait responsabilité, le *judex* se trouvait en présence de trois espèces d'actions bien distinctes, les actions de droit strict, les actions de bonne foi, et les actions arbitraires, qui produisent des effets analogues tantôt à l'une, tantôt à l'autre des deux premières classes.

Il n'y a pas responsabilité quand on use de son droit.

Dans les actions de droit strict, le demandeur, pour éviter la plus-pétition, était tenu de restreindre son *intentio* à la valeur de ce qui lui était dû; il n'obtenait du juge qu'un équivalent calculé sur cette base, plus, les *accessiones* au moment de la *litis contestatio* (1). Toutefois, dans certaines actions, on allait plus loin, surtout quand on demandait une indemnité à la suite d'un délit, comme dans le cas de la loi Aquilia; mais dans ce cas on prenait encore seulement pour base la valeur commerciale de la chose, sans tenir aucun compte de la valeur d'affection (2).

Comment on agit pour les contrats de droit strict.

Dans les actions de bonne foi, au contraire, et dans les actions arbitraires, les textes portent toujours que le demandeur doit obtenir *quanti interest... quanti ea res sit*, ce qui comprend alors, non-seulement la perte éprouvée, mais encore le *lucrum cessans*, et même l'intérêt d'affection qui s'attachait à la chose (3).

Dans les actions de bonne foi.

La difficulté, en cette matière, portait principalement sur le calcul des sommes à allouer, car c'est une simple question de fait : « Quatenus cujus intersit, *in facto non in jure* consistit (4). » Voici les principales règles suivies dans cette matière.

Pour établir la valeur, on se plaçait ordinairement au moment du jugement, et on se reportait au lieu où la tradition devait être faite (5).

Règles suivies pour faire le calcul.

Dans le calcul des dommages et intérêts, on ne faisait entrer que ce qui était une conséquence directe du fait ou de l'abstention dont on se plaignait, et on avait soin d'en écarter les éléments incertains. Ainsi les filets d'un pêcheur ont été rompus, il pourra se faire indemniser de leur valeur, mais il ne pourra pas demander le prix des poissons qu'il aurait peut-être pris : « Ob retia non piscium, qui ideo « capti non sunt, fieri æstimationem, cum incertum sit an cape- « rentur (6). » Si cependant l'éventualité elle-même avait été l'objet du contrat, comme lorsqu'on achète un coup de filet, il faudrait tenir compte de la chance (7).

(1) F. 3, § 2, *commodati*. D. 13, 6. = (2) F. 33, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. = (3) V. F. 13, *ratam rem haberi*. D. 46, 8. — F. 54, *mandati*. D. 17, 1. — F. 1, *de actionib. empt.* D. 19, 1. — F. 6, *de evictionibus*. D. 21, 2. — F. 13, § 1, *de re judicata*. D. 42, 1. — L. 16, Cod., *mandati*, 4, 35. = (4) F. 24, *de regulis juris*. D. 50, 17. = (5) F. 3, § 2, *commodati*. D. 13, 6. — F. 2, § 8. — F. 3, *de eo quod certo loco*. D. 13, 4. = (6) F. 29, § 3, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2. — F. 3, § 3. — F. 21, § 3, *de act. empt.* D. 19, 1. = (7) V. F. 12, *de act. empt.* D. 19, 1.

Pour les sommes d'argent non payées à l'échéance, le créancier ne pouvait ordinairement demander que les intérêts légaux à titre d'indemnité, sauf quand il y avait lieu à l'application de l'action *de eo quod certo loco* (1).

Malgré ces règles, il se présentait souvent des questions très-difficiles pour fixer les dommages et intérêts ; lorsque, par exemple, le vendeur était évincé d'une chose qui avait acquis une grande valeur par les améliorations qu'il y avait apportées lui-même (2).

Justinien fixe un maximum pour quelques cas. Pour faire cesser les controverses, Justinien décida que, dans tous les cas où il s'agirait d'un *certum*, les dommages et intérêts ne pourraient dépasser le double de la valeur (3). Mais ce n'était que pallier le mal, puisque dans tous les cas où il s'agissait d'un *incertum*, comme dans les obligations de faire, comme dans le mandat, la gestion d'affaires, la tutelle, etc., on était obligé de revenir aux anciens principes, et de combiner le *lucrum cessans* avec le *damnum emergens*.

Les principes que nous venons d'énoncer ne s'appliquent, pour les contrats de bonne foi, que s'il y a eu simple faute ; nous savons que dans le cas de dol, on déférait à l'adversaire le serment *cum* ou *sine taxatione* : « Interdum quod intersit agentis solum æstimatur, veluti « cum *culpa* non restituentis vel non exhibentis punitur : cum vero « *dolus* aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti « in litem juraverit actor (4). »

CHAPITRE II.

DE LA CLAUSE PÉNALE.

Sommaire. — 1. *Ce qu'est la clause pénale.* — 2. *Quand on l'emploie.* — 3. *On peut demander la clause pénale ou l'exécution de l'obligation.*

Notion de la clause pénale. La clause pénale est la fixation des dommages et intérêts par les parties elles-mêmes, pour le cas où il y aurait inexécution de l'obligation. **Son utilité pour les contrats de droit strict.** Elle était surtout utile pour les contrats de droit strict, à l'occasion desquels on n'admettait pas le *jusjurandum in litem* ; elle était également avantageuse dans toutes les obligations de faire, en ce qu'elle évitait les difficultés de calcul et d'expertises. M. Molitor va plus loin, il prétend que, dans l'ancien droit, la stipulation d'un *facere* n'était valable qu'autant qu'on y joignait une clause pénale, parce que la stipulation devait toujours avoir pour objet *aliquid certum* (5).

Les parties fixent la clause pénale. C'était aux contractants à fixer le montant de la clause pénale ; rien ne limitait leur liberté, pourvu que la convention ne cachât

(1) F. 19, *de periculo.* D. 18, 6. = (2) F. 43, 45, *de act. empt.* D. 19, 1. = (3) L. 1, Cod., *de sententiis*, 7, 47. = (4) F. 2, § 1, *de in litem jurando.* D. 12, 3. = (5) Arg. F. 68, *de verbor. obl gat.* D. 45, 1.

pas un prêt usuraire car alors on aurait réduit la somme (1). Du reste, la limitation apportée par Justinien aux dommages et intérêts judiciaires n'était pas applicable à la clause pénale.

Autrefois on ne pouvait exiger le payement de la clause pénale qu'après la mise en demeure du débiteur; Justinien décida qu'elle serait due à l'échéance du terme convenu (2). A ce moment, le créancier peut demander, à son choix, l'exécution de l'obligation principale ou le payement de la clause pénale; on ne pouvait pas demander l'une et l'autre chose, à moins de convention contraire : « Quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut si homo « datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur (3). » Sans cela, on aurait été repoussé par l'exception de dol.

On peut demander l'execution ou la clause penale; quelquefois les deux choses.

La clause pénale ne pouvait être jointe qu'à des actes licites, à moins qu'elle n'eût pour but d'empêcher une personne de commettre un fait immoral. Elle était due sans qu'on fût obligé d'établir qu'on avait éprouvé une perte, car, en la payant, on exécutait une obligation contractée (4). Il faut enfin remarquer que, dans les actions de bonne foi, on pouvait demander un supplément d'indemnité si la clause pénale ne couvrait pas le dommage réellement éprouvé : « Si « ex stipulatu pœnam consecutus fuerit, ipso jure ex vendito agere « non poterit, nisi in id quod pluris ejus interfuerit, id fieri (5). »

LIVRE QUATRIÈME.

ACQUISITION DU DROIT RÉEL ET DU DROIT PERSONNEL ENTRE VIFS A TITRE UNIVERSEL.

TITRE UNIQUE.

Sommaire. — *1. Il y a des modes d'acquisition entre vifs analogues aux successions. — 2. Cas dans lesquels cette acquisition se réalise.*

Le livre dont nous venons de donner l'intitulé doit figurer dans notre division théorique comme comprenant des manières d'acquérir entre vifs toutes spéciales, en ce qu'elles se rapprochent beaucoup, pour les effets, des successions testamentaires et *ab intestat*. Sans qu'il y ait mort du propriétaire, tout son patrimoine passe à un successeur, qui prend alors ses droits comme un véritable héritier, mais qui n'est pas toujours tenu de payer ses dettes, du moins d'après le droit civil.

(1) F. 13, § 26, *de act. empt.* D. 19, 1. = L. 15, Cod., *de usuris*, 4, 32 = (2) F. 23, *de obligat. et act.* D. 44, 7. — L. 12, Cod., *de committ. stipul.*, 8, 38. = (3) F. 115, § 2, *de verbor. obligat* D. 45, 1. — F. 28, *de act. empt.* D. 19, 1. — F. 4, § 7, *de exceptione doli.* D. 44, 4. = (4) F. 38, § 17. — F. 68, 71, *de verbor. obligat* D. 45, 1. = (5) F. 28, *de act. empt.* D. 19, 1. — F. 41, 42, *pro socio.* D. 17, 2.

Ces successions entre vifs s'appliquent surout à cinq cas, dont trois ont été déjà expliqués; quant au quatriène, il trouvera sa place dans la partie des actions, ce sont :

1° L'adrogation.

Nous avons vu comment l'adrogeant devenait propriétaire de tout l'actif de l'adrogé, et comment le préteur était arrivé à assurer le payement du passif : « Rescissa capitis deninutione. » (G. C. 4, § 38.)

2° La *conventio in manum.*

La femme qui tombait *in manu mariti* devenait fille de famille, son actif était acquis au mari, et on appliquait à son passif la même fiction prétorienne que pour l'adrogé. (G. C. 3 § 82-83-84.)

3° La vente en masse des biens d'un débiteur.

Instit., l. III, tit. XII.

Pr. Erant olim et aliæ per universitatem successiones. Qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerunt : sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt, et tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, et prout eis utile visum fuerit, ea disponere, quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit.

Il y avait autrefois d'autres successions universelles. Telle était l'acquisition des biens d'un débiteur, à la suite de la vente qui avait été introduite avec beaucoup de formalités, et qui était en usage sous le système formulaire ; mais comme les générations suivantes ont adopté le système des *judicia extraordinaria*, les ventes des biens ont cessé avec l'ancien système de procédure; seulement le juge permet aux créanciers de saisir les biens et de les vendre, comme cela est mieux expliqué au Digeste.

C'est en traitant de l'exécution des jugements que nous expliquerons les formes suivies dans la vente en masse des biens.

4° La femme qui devient esclave en vertu du sénatus-consulte Claudien.

§ 1. Erat et ex senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier, servili amore bacchata, ipsam libertatem per senatusconsultum amittebat, et cum libertate substantiam : quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et a nostra civitate deleri, et non inseri nostris Digestis concessimus.

Il y avait aussi une triste application de l'acquisition à titre universel dans le cas du sénatus-consulte Claudien, lorsqu'une femme libre, éprise d'un amour furieux pour un homme esclave, perdait elle-même la liberté, et en même temps tous ses biens. Cette institution nous ayant paru contraire aux mœurs de notre temps, nous l'avons abolie, en défendant de l'insérer dans notre Digeste (1).

5° La confiscation appliquée aux biens des condamnés.

Dans le cas de certaines condamnations, comme le crime de lèse-majesté, la violence publique, etc., les biens des condamnés étaient attribués au fisc, qui leur succédait, à la charge de payer les dettes

(1) V. t. I, p. 91.

jusqu'à concurrence de l'actif. Quelquefois on laissait aux enfants légitimes du coupable une partie du patrimoine (1). Ainsi Théodose et Valentinien attribuent aux enfants des déportés la moitié des biens de leur père (2).

(1) F. 1, § 2. — F. 7, *de bonis damnat.* D. 48, 20. = (2) L. 10, Cod., *de bonis proscript.*, 9, 49.

QUATRIÈME PARTIE

Des Actions

EXPOSÉ DE LA PROCÉDURE CIVILE CHEZ LES ROMAINS (1).

TITRE PRÉLIMINAIRE.

Sommaire. — 1. *Notion de la procédure et de l'action.* — 2. *Caractère des trois systèmes qui se sont succédé dans l'empire romain.* — 3. *Réunion des fonctions judiciaires aux fonctions administratives et militaires.* — 4. *Pouvoir de délégation appartenant aux magistrats.* — 5. *Intervention des particuliers dans l'administration de la justice.*

Il arrive fréquemment, dans la pratique, qu'une personne cause du préjudice à autrui, soit volontairement, soit par imprudence; souvent aussi un débiteur n'accomplit pas son obligation, par mauvaise foi ou parce qu'il ne peut pas payer; dans ces circonstances, il y a violation de la justice, on a le droit d'exiger une réparation, ou de contraindre au payement celui qui manque à la foi jurée.

La violation du droit amène d'abord l'intervention de la force, puis l'intervention des tribunaux.

Pour arriver à ce but, il faut un moyen auquel la science juridique donne le nom de sanction, ainsi que nous l'avons déjà dit.

Chez les peuples barbares, le moyen employé pour arriver à la sanction, c'est la force brutale, la guerre entre les particuliers. Ceci se retrouve dans toutes les nations, et au douzième siècle de l'ère chrétienne, on en voit encore de fréquents exemples dans la société féodale. Mais quand vient la civilisation, cet état de choses disparaît; les particuliers n'ont plus le droit de se faire justice à eux-mêmes, car la force n'est pas toujours du côté de la raison; on établit alors des tiers désintéressés, des juges, chargés d'examiner les prétentions de celui qui se croit lésé, d'écouter les réponses de celui qui se défend, et enfin de prononcer sur la contestation. C'est alors qu'arrive la notion de la procédure et de l'action.

En effet, s'il est nécessaire d'établir un tribunal chargé de prononcer sur les contestations, il n'est pas moins indispensable de déterminer nettement son pouvoir et les règles qu'il doit suivre, afin de donner aux parties les garanties désirables. De là, dans toutes les

Notion de la procédure.

législations, des règles sur l'ajournement, c'est-à-dire, sur la manière de faire venir les plaideurs devant le juge; des règles sur les

(1) BIBLIOGRAPHIE. — L'ouvrage le plus complet sur cette matière est le *Traité des Actions* de ZIMMERN, traduit de l'allemand par M. ÉTIENNE. Il faut aussi consulter : 1° le *Traité des Actions* de M. BONJEAN; 2° le *Traité de droit romain* de M. DE SAVIGNY, t. V-VI-VII; 3° WALTER, *Histoire de la procédure romaine*; 4° l'introduction brillante dont M. ORTOLAN a fait précéder, dans son ouvrage, l'explication du titre *des actions*, aux Instituts; 5° M. Étienne, *Institutes expliquées*, t. II, p. 311 à 410.

preuves à faire par les plaideurs; des règles sur la manière de juger, sur les attaques qu'on peut diriger contre les sentences; et enfin sur les moyens à employer pour faire exécuter la décision des juges. C'est là ce qu'on appelle d'une manière générale, la procédure.

Sens divers du mot action.

Quant au mot action, on lui a donné plusieurs significations dans la langue du droit.

1. Sens

Le sens le plus naturel sert à indiquer le fait même d'une personne qui saisit le tribunal de sa prétention. Il y a action, acte matériel en quelque sorte.

2. Sens.

Action signifie souvent, dans les textes, le *droit* de porter la question devant le tribunal; c'est en ce sens qu'on dit : Les contrats donnent une action, les pactes ne donnent pas d'action; c'est là, aussi, l'acception donnée à ce mot dans la définition des Instituts :

Instit., l. IV, tit. VI.

Pr. Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod sibi debetur.

L'action n'est pas autre chose que le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû (1).

3. Sens.

Enfin, action indique parfois la forme extérieure suivant laquelle on fait valoir son droit; c'est ainsi qu'on dit : *actio sacramenti*; *actio hypothecaria*; *actio publiciana*, etc.

Ainsi, en résumé, l'action, est tantôt le fait du plaideur qui agit devant le tribunal, tantôt le droit d'agir, tantôt la forme suivant laquelle on agit.

L'histoire des actions, chez les Romains, se divise en trois périodes : 1° les actions de la loi; 2° le système formulaire; 3° le système des *judicia extraordinaria*.

Caractère des actions de loi.

Sous les actions de la loi, la procédure est entravée dans son développement par un symbolisme rigoureux, dont la pratique tend continuellement à se débarrasser pour éviter les résultats iniques auxquels il amenait parfois. On ne saurait trop citer, pour caractériser cette période, l'histoire de cet homme qui perdit son procès, suivant Gaïus, parce qu'il avait agi *de vitibus succisis*, à l'occasion de vignes coupées, tandis que la loi des douze Tables *generaliter de arboribus succisis loqueretur*, parlait d'une manière générale des arbres qui avaient été coupés (2).

Le système formulaire naît du contact avec les pérégrins. Son caractère.

Mais ces actions devinrent odieuses; le contact de plus en plus fréquent des pérégrins et des citoyens romains ayant amené une procédure plus simple et moins rigoriste, on arriva à l'appliquer à toutes les contestations. Il y eut alors substitution du système for-

(1) On a fait remarquer avec raison combien cette définition était incomplète, puisqu'elle ne s'appliquait qu'aux droits personnels, aux créances. L'action est également un moyen de faire respecter la propriété et tous ses démembrements connus sous le nom de *droits réels*. De là une division, sur laquelle nous aurons à revenir, en actions *in personam* et *in rem*. V. G. C. IV, § 2-3. = (2) G. C. IV, § 11.

mulaire, au système des actions de la loi; ceci se réalisa à l'époque de Cicéron.

Il ne faut pas croire, cependant, qu'il y ait eu une transformation absolue : si on ne retrouve plus, dans les paroles mêmes de la formule, la rigueur sacramentelle de l'ancienne procédure, on la rencontre souvent encore dans l'esprit du système formulaire. Ainsi, l'action *stricti juris* ne sera plus rédigée suivant un rite solennel connu seulement des patriciens et des pontifes, mais elle imposera au juge des devoirs tellement limités, que si le demandeur s'est trompé dans l'exposé de sa prétention, ou s'il a réclamé un sesterce de plus que ce qui lui est dû, il perdra irrévocablement son procès.

Les préteurs et les prudents se chargèrent de corriger ces faits, que Gaïus appelait des *juris iniquitates*; nous verrons lutter contre les actions de droit strict les actions de bonne foi, les actions fictices, les actions *in factum*, etc. Puis viennent les restitutions *in integrum*, dont nous avons déjà étudié les effets; si bien qu'à l'époque de Dioclétien, le vieux droit a presque totalement disparu; c'est l'équité qui domine, c'est la justice et non plus la forme qui est invoquée par les jurisconsultes.

Système des *judicia extraordinaria*. Leur caractère.

Il semble donc que dans la troisième période de la procédure romaine, sous les *judicia extraordinaria*, on va voir de grands progrès se réaliser, et malheureusement il n'en est rien. C'est qu'en effet si les lumières du christianisme et de la philosophie brillent d'un vif éclat dans quelques esprits d'élite, l'ignorance et la barbarie gagnent de jour en jour dans les masses.

A Rome, le peuple a été abruti par les jeux sanglants du cirque et les distributions gratuites de vivres; dans les provinces, il a été abruti par les spoliations violentes des gouverneurs et des généraux qui ramassaient à force de rapines de quoi mettre aux enchères quand les prétoriens vendaient l'empire à l'encan; sur les frontières, les peuplades du Nord commencent leurs invasions. Aussi la science du droit tombe-t-elle dans un oubli presque complet. Et comme cependant l'administration de la justice est un besoin essentiel dans toute société, comme il faut toujours des hommes pour juger, on est contraint d'en venir à l'édit des citations, à la démonstration la plus cruelle de l'incapacité des juges, c'est-à-dire, de ceux qui devraient être capables entre tous les membres capables de la société.

Il ne faut point cependant jeter un blâme absolu sur cette période : sans doute, la science pratique a dégénéré, mais nous avons déjà constaté combien la législation a gagné; grâce aux principes du christianisme, le droit commence à se spiritualiser. La puissance paternelle, le mariage, les successions, en offrent des preuves nombreuses; dans la procédure elle-même, il y a bien des tenta-

tives d'amélioration, mais les particuliers n'en ressentent guère les heureux effets. C'est que partout règne la corruption la plus effrénée, la justice se vend à deniers comptants jusque dans le prétoire de Justinien; il n'y a plus qu'un tribunal devant lequel on puisse se présenter avec confiance, c'est le tribunal des évêques, établi par les apôtres et confirmé par les empereurs chrétiens.

Ainsi, rigorisme absolu pendant la première période; lutte de l'équité contre le droit strict dans la seconde; triomphe de l'équité dans la troisième, mais sans résultats pratiques par suite de la situation politique de l'empire: tel est le tableau que nous présentera l'étude de la procédure romaine.

Avant d'entrer dans l'explication technique de chacun des trois systèmes, nous devons rappeler quelques notions générales indispensables pour l'intelligence des principes.

Nous avons déjà constaté que dans la constitution romaine, la théorie de la séparation des pouvoirs était tout à fait inconnue; les consuls avaient tout à la fois des fonctions judiciaires, administratives et militaires.

Réunion des pouvoirs divers dans les mêmes mains.

Les préteurs rendaient la justice, participaient au pouvoir législatif par leurs édits, et commandaient les armées, etc. Cet état de choses a eu pour l'État romain des avantages et des inconvénients. Des avantages en ce qu'il a permis au droit honoraire de modifier successivement le droit civil et de combler les lacunes de la législation; des inconvénients, en ce que les abus du pouvoir ne pouvaient être réprimés que difficilement, puisqu'il fallait souvent s'adresser à l'auteur de l'acte lui-même pour obtenir une formule saisissant le juge.

Si nous nous plaçons en dehors de l'organisation politique, pour examiner l'action des tribunaux en elle-même, nous rencontrons deux caractères bien importants à signaler : c'est, d'abord, le pouvoir de délégation accordé à tous les magistrats, puis l'intervention des particuliers dans l'administration de la justice.

Pouvoir de délégation des magistrats.

Pour bien comprendre le droit de délégation, il faut se rendre compte des divers pouvoirs remis aux magistrats dans la sphère judiciaire.

Jurisdictio.

Avant tout, ils avaient ce que les textes appellent *jurisdictio*, la mission de dire le droit, soit entre les parties contendantes, soit dans les cas où les divers intéressés étaient d'accord. Quand ils statuaient sur un procès, ils exerçaient ce qu'on appelle la juridiction contentieuse; quand ils prononçaient sur des rapports non litigieux, comme dans le cas de l'adoption ou de l'émancipation sous Justinien, il y avait exercice de la juridiction gracieuse.

Cognitio.

De la juridiction découle un autre droit, celui de *cognoscere*. La

cognitio, c'est la faculté accordée au magistrat de statuer lui-même sur le litige, sans renvoyer devant un *judex*; aussi trouvons-nous dans les textes ce fait désigné par l'expression *cognitio extraordinaria* (1).

Notio. Enfin, on trouve quelquefois le mot *notio*, expression qui sert à résumer les deux autres; c'est le droit de connaître des affaires, de les terminer par une sentence. *Notionem accipere possumus*, dit Ulpien, *et cognitionem, et jurisdictionem* (2).

A côté de ces divers pouvoirs il y en avait d'autres désignés d'une *Imperium.* manière générique par le mot *imperium*, autorité, puissance exécutive.

On distinguait l'*imperium merum* et l'*imperium mixtum*.

Imperium merum. Le premier embrasse l'ensemble de tous les moyens de sanction remis au magistrat pour juger et punir les criminels : « Merum est « imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facino- « rosos homines. » Avoir l'*imperium merum*, c'est avoir le droit du glaive pour frapper les hommes coupables (3); c'est la *jurisdictio* appliquée au droit pénal.

Imperium mixtum. L'*imperium mixtum* consiste dans la portion de pouvoir exécutif qu'il faut confier à tout magistrat pour qu'il puisse faire respecter et exécuter ses décisions. Ulpien cite pour exemple le droit d'envoyer l'une des parties en possession des biens de l'autre, et c'est encore à cela que fait allusion Javolenus, quand il dit : « Cui jurisdictio data « est, ea quoque concessa videntur, sine quibus jurisdictio expli- « cari non potuit (4). »

Quand on donne la juridiction à un magistrat, on est censé lui donner aussi les pouvoirs sans lesquels il ne peut pas l'exercer. Nous pensons, avec Gérard Noodt, que le mot *mixtum* signifie tout simplement pouvoir adouci, diminué, moins étendu que l'*imperium merum*.

Nous dirons, pour résumer cette notion : l'*imperium merum*, c'est la plénitude du pouvoir judiciaire au point de vue criminel; l'*imperium mixtum*, c'est la puissance exécutive donnée au magistrat pour assurer l'exécution de ses ordres et de ses décisions dans les procédures civiles. Il faut en conclure que tout magistrat a l'*imperium mixtum* dans une certaine limite.

Quels pouvoirs on peut déléguer. Ceci posé, nous avons à nous demander si les magistrats pouvaient déléguer ces divers pouvoirs sans exception : il faut distinguer. Tous les magistrats, même du temps des rois, pouvaient déléguer, au point de vue du droit civil, les fonctions dont ils étaient

(1) V. Bonjean, t. 1, p. 52, et le titre *de extraordinariis cognitionibus*. D. 50, 13. = (2) F. 99, *de verbor. signif.* D. 50, 16. = (3) F. 3, *de jurisdictione*. D. 2, 1. = (4) F. 2, *de jurisdictione*. D. 2, 1.

investis; ceci avait été établi par la coutume *more majorum*. Ce droit de délégation s'explique d'abord par le petit nombre de magistrats préposés à l'administration de la justice, et ensuite par la nécessité de permettre de s'abstenir de connaître d'une affaire, quand il y avait des motifs de récusation : « Maxime, cum justam « causam susceptæ ante magistratum advocationis alterius partis « habuerat (1). » Surtout si on avait une juste cause; par exemple, si avant d'être magistrat on avait accepté la défense de l'une des parties.

On ne pouvait déléguer que les droits inhérents à la magistrature elle-même. Papinien formule ainsi le principe : « Quæcunque specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione principum tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur; quæ vero jure « magistratus competunt, mandari possunt (2). » Les droits spécialement accordés par une loi, un sénatus-consulte ou une constitution des empereurs, ne sont pas transférés par la délégation de juridiction; mais on peut déléguer tous les droits qui compètent comme inhérents à la magistrature. Il y avait aussi impossibilité de déléguer les actes solennels dérivant des actions de la loi, comme les manumissions et les adoptions. Enfin tout ce qui tient au *jus gladii*, au droit criminel, ne peut pas être confié à des tiers (3); mais l'*imperium mixtum* était toujours contenu d'une manière tacite dans le mandat donné même à un simple particulier : « Mandata jurisdictione privato, etiam imperium, quod non est merum, videtur « mandari : quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est (4). » Quand on mande la juridiction à un particulier, on lui remet aussi l'*imperium*, qui n'est pas *merum*, parce qu'il n'y a pas de juridiction sans un certain pouvoir de coercition.

Celui qui avait reçu la juridiction par délégation ne pouvait pas la transmettre à une autre personne. Enfin l'appel du délégué était porté devant le magistrat supérieur à celui qui avait fait la délégation (5).

Le second caractère que nous avons signalé, c'est l'intervention des particuliers dans l'administration de la justice. Sous le système des actions de la loi et sous le système formulaire, presque tous les procès sont divisés en deux actes, l'un qui se passe devant le magistrat, l'autre qui a lieu devant des particuliers appelés *judices*, *arbitri*, ou *recuperatores*. C'est à eux qu'est remis le soin de prononcer la condamnation ou l'absolution du défendeur; ce sont des espèces de jurés, mais avec des pouvoirs plus étendus que ceux de nos jurés

Intervention des particuliers dans les jugements.

(1) F. 17, *de jurisdictione*. D. 2, 1. = (2) F. *de officio ejus*. D. 1, 21. = (3) F. 70, *de regulis juris*. D. 50, 17. = (4) F. 5, § 1, *de officio ejus* D. 1, 21. = (5) F. 5, *de officio ejus*. D. 1, 21. — F. 2, *quis et a quo appell*. D. 49, 3

modernes, car ils prononçaient eux-mêmes la sentence, évaluaient les dommages et intérêts, et arrivaient à transférer la propriété dans les *adjudicationes* (1), toutes choses que ne fait pas ordinairement notre jury.

Nous diviserons en quatre livres nos explications sur les actions :
LIVRE PREMIER. — Des actions de la loi.
LIVRE DEUXIÈME. — Du système formulaire.
LIVRE TROISIÈME. — Des *judicia extraordinaria.*
LIVRE QUATRIÈME. — Théorie des interdits.

LIVRE PREMIER.

DES ACTIONS DE LA LOI.

TITRE PREMIER.

Tribunaux existant sous le système des actions de la loi.

Sommaire. — *Durée du système des actions de la loi.* — 2. *Les rois, les tribuns, les édiles, les centumvirs.* — 3. *Organisation et compétence du tribunal des centumvirs.* — 4. *Sous la république, les consuls, les préteurs, les édiles, avec leurs assesseurs.* — 5. *Tribunaux en Italie.* — 6. *Tribunaux dans les provinces.*

Durée des actions de la loi. Le système des actions de la loi a duré depuis les premiers temps de Rome jusqu'à l'époque de Cicéron. Il a été aboli officiellement par une loi Æbutia, votée en l'an 577 ou 583 de Rome, suivant la chronologie vulgaire, et le nouveau système fut définitivement organisé par les deux lois Juliæ judiciariæ, dont l'une est attribuée à Jules César (an 708 de Rome), et l'autre à Auguste (an 729 de Rome). Il faut donc examiner successivement Rome sous les rois et pendant la république, puis l'Italie, qui devint peu à peu une continuation du territoire de Rome ; enfin les provinces conquises hors de l'Italie, et parmi lesquelles on peut citer, à l'époque de la loi Æbutia, la Sicile, la Sardaigne, l'Espagne, l'Afrique, la Gaule narbonnaise, etc.

SECTION PREMIÈRE. — Tribunaux à Rome.

Les rois. Dans l'origine, les fonctions judiciaires appartenaient exclusivement aux rois, qui jugeaient sans appel au civil, et sauf appel au peuple dans les affaires criminelles (2). Le roi siégeait tous les neuf jours; il avait le droit de déléguer la connaissance des affaires à de simples particuliers. C'est ce que fit Tullus Hostilius, suivant Tite Live, dans le procès d'Horace accusé d'avoir tué sa sœur (3).

(1) V. sur ce point M. Bonjean, t. I, p. 37 et suiv. = (2) Cicéron, *de Republica*, 2, 31. = (3) Tite Live, liv. I, ch. XXVI.

Le sénat avait-il à cette époque des attributions judiciaires? Il est permis d'en douter. Nous manquons, du reste, complétement de renseignements sur ce point.

Les tribuns et les édiles.

M. Niebühr pense que sous les rois les tribus plébéiennes avaient des magistrats chargés de prononcer sur les contestations entre les particuliers, et de punir les infractions à la loi municipale. Suivant lui, ces magistrats étaient les tribuns du peuple et les édiles plébéiens (1).

Enfin, sous Servius Tullius, il y eut une innovation judiciaire dont le sens n'est pas bien connu. Denys d'Halicarnasse raconte que ce prince créa des juges pour statuer sur les procès existant entre les particuliers. Des auteurs voient dans cette institution la première intervention du *judex privatus* dans l'administration de la justice.

Les centumvirs

Suivant une autre opinion, plus accréditée, on trouverait dans l'innovation de Servius Tullius l'origine du tribunal des centumvirs; non pas qu'à cette époque il portât ce nom et qu'il y eût cent juges formant un corps, mais il fut ainsi nommé, dans la suite, parce que chaque des tribus devait fournir trois juges; or, quand il y eut trente-cinq tribus, le chiffre total des élus étant de cent cinq, on l'indiquait d'une manière approximative par le nombre cent. Festus dit : « Et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen, « quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti. » Leur nombre varia donc suivant que les tribus augmentaient ou diminuaient, comme cela arriva après la conquête de Porsenna. Du temps de Pline, le nom était resté, mais le chiffre était encore plus considérable, car il raconte dans une de ses lettres qu'il plaidait devant cent quatre-vingts centumvirs.

Composition du tribunal.

On n'est guère d'accord sur la composition et l'organisation des centumvirs.

Une première question, fortement débattue, c'est de savoir si les juges appelés depuis les centumvirs étaient élus par le peuple ou bien choisis par le roi, et ensuite par les magistrats républicains. Comme les centumvirs formaient un tribunal qui a toujours eu un caractère plébéien, nous pensons qu'ils étaient élus dans les comices, par tribus, et pour un an, comme les autres magistrats électifs.

Mais dans quelle classe de citoyens devait-on choisir les juges? M. Laferrière pense que les centumvirs étaient pris exclusivement dans l'ordre sénatorial (2). L'institution, dit-il, était plébéienne par le principe d'élection, et aristocratique par le principe d'éligibilité.

M. Bonjean ne croit pas que les patriciens fussent exclus du tri-

(1) Niebühr, *Histoire romaine*, t. II, p. 469. — (2) *Histoire du droit civil de Rome*, p. 220.

bunal centumviral, et il admet qu'ils pouvaient être élus comme les plébéiens (1). Les deux ordres figuraient donc dans les centumvirs.

L'opinion de Zimmern, à laquelle nous nous rattachons, est que, dans l'origine, ce tribunal était exclusivement plébéien, mais que plus tard il devint un tribunal national, puisque les trente-cinq tribus renfermaient toute la nation (2). C'est pour cela que sous la république on y trouve tout à la fois des patriciens et des plébéiens.

Comment jugeaient les centumvirs.

Nous avons des renseignements plus précis sur la manière dont siégeaient les centumvirs. Ils se divisaient en sections appelées *hastæ*, parce qu'on plantait devant chacune d'elles une *hasta*, symbole de la propriété quiritaire et de l'*imperium*. Il y avait quelquefois deux, quelquefois quatre sections qui jugeaient, tantôt réunies, tantôt séparées. Ainsi Pline raconte que dans un procès sur une question de testament inofficieux, il avait gagné devant deux sections, et perdu devant deux autres : « Duobus consiliis vicimus, duobus victi sumus (3). »

Il fallait sept juges pour prononcer.

Il fallait qu'il y eût au moins sept juges dans une section; c'est là ce qui formait les *septemviralia judicia* dont parle Paul, dans les intitulés des Fragments 7, 28 et 31, *de inofficioso testamento*, D. 5, 2. La présidence des sections appartenait, sous la république, aux anciens questeurs, et sous Auguste, aux *decemviri litibus judicandis*; ces magistrats recueillaient les voix, et prononçaient la sentence.

Présidence.

Les *centumviri* remplissaient uniquement les fonctions de *judices*; toutes les formalités préliminaires des actions de la loi, et plus tard la rédaction de la formule avaient lieu devant le préteur ou les autres magistrats compétents. On pense, du reste, que les parties pouvaient à leur choix demander un seul *judex* ou se faire renvoyer devant les *centumviri*.

L'importance du tribunal dont nous nous occupons a varié suivant les époques. Justinien, en parlant de ses décisions, emploie ces expressions : « Magnitudo et auctoritas centumviralis judicii... » Pline le Jeune, au contraire, dit que les jeunes avocats venaient plaider, pour s'exercer, les causes centumvirales; et il les appelle *parvæ exiles*. Nous pensons que ces deux opinions peuvent se combiner, en examinant l'énumération que Cicéron nous a laissée des affaires

(1) Bonjean, *Act.*, t. 1, p 196. = (2) Zimmern, *Act.*, p. 39. = (3) C'est à cela que fait allusion le F. 10, *de inofficioso testamento*. D. 5, 2. — *Si pars judicantium*, etc., et le F. 76, *de legatis*, 2°. D. 31. — *Cum filius divisis tribunalibus*. — Add. F. 24, *de manumiss.* D. 40, 1. — F. 38, *de re judicata*. D. 42, 1. — Sur la manière de juger, V. Zimmern, p. 42, note 8. Des auteurs pensent que dans l'affaire de Pline, il y avait plusieurs demandeurs; suivant eux, le même procès n'aurait jamais été porté que devant une seule section.

qui se plaidaient devant les *centumviri*. Il y en a qui présentent beaucoup de gravité, mais d'autres, comme les questions d'alluvions, de servitudes, de jours ou d'égout des toits, qui pouvaient bien être confiées à des commençants. Compétence des centumvirs.

Voici le passage du traité *de Oratore*, I, 38 : « Jactare se in causis « centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilita- « tum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, man- « cipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum « ruptorum aut ratorum, cæterarumque rerum innumerabilium « jura versentur, cum omnino quid suum, quid alienum, quare « denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit igno- « ret, insignis est impudentiæ. » Se jeter dans les causes centumvirales, où il s'agit d'usucapion, de tutelle, de gentilité, d'agnation, d'alluvions et de circumluvions, des *nexi*, des personnes *in mancipio*, des servitudes de mitoyenneté, de jours, d'égouts des toits, des testaments rompus ou effacés, et d'une foule innombrable d'autres questions, quand on ignore entièrement comment on reconnaît sa propriété et celle d'autrui, pourquoi une personne est citoyenne, pérégrine, esclave ou libre, c'est une impudence insigne.

Les interprètes, remarquant que Cicéron ne parle ici ni des actions civiles *in personam*, ni des actions prétoriennes, en ont conclu qu'on pouvait ramener la compétence des centumvirs à trois classes de procès.

1° Les questions de propriété quiritaire et les démembrements connus sous le nom de servitudes, soit rurales, soit urbaines.

2° Les questions concernant la validité ou la nullité des testaments.

3° Les questions d'état touchant la cité, la liberté et la famille.

Il résulte enfin de plusieurs passages des auteurs romains que les centumvirs avaient autrefois une certaine juridiction criminelle, qui disparut probablement quand on établit les *quæstiones perpetuæ* (1). Juridiction au criminel.

Le tribunal centumviral disparut à une époque inconnue, probablement à l'époque où on abolit l'*ordo judiciorum*; les magistrats jugeant eux-mêmes ne renvoyèrent plus devant les centumvirs, puisqu'ils n'étaient que des espèces de *judices*.

Quand la république eut remplacé la royauté, le pouvoir exécutif et judiciaire fut remis à deux consuls, dont l'un était à la guerre pendant que l'autre restait à Rome pour administrer l'État et rendre la justice. Tribunaux sous la république. Les consuls.

Les consuls avaient toute la juridiction civile, mais avec le temps, leurs fonctions militaires devinrent tellement étendues, qu'ils n'avaient plus le temps de s'occuper des procès.

(1) V. Bonjean, *Act.*, t. I, p. 198 à 205, et notre t. I, p. 88.

Les préteurs.

Pour remédier à cela, le sénat décréta, en l'an 387 ou 388 de Rome, qu'on établirait un magistrat, appelé préteur, et dont les fonctions consisteraient précisément à rendre la justice.

Il ne faut pas croire cependant que les consuls perdirent toute juridiction; on les voit figurer encore dans les affranchissements, dans les nominations de tuteurs, dans les questions de fidéicommis, etc. (1).

Le préteur fut d'abord choisi parmi les patriciens, puis dans les deux ordres; son élection était faite par les grands comices, par les centuries.

Preteur urbain et peregrin.

Il n'y eut dans l'origine qu'un seul préteur, appelé *prætor urbanus*; mais en l'an 507 de Rome, on en créa un second, le *prætor peregrinus*, chargé de prononcer sur les contestations qui s'élevaient entre les citoyens et les pérégrins, ou même entre les pérégrins seulement. Des auteurs pensent que la nomination de ce magistrat fut amenée par le désir qu'avaient les plébéiens de diminuer l'influence des patriciens, dont le patronage était indispensable aux étrangers qui voulaient plaider.

Les nécessités pratiques firent successivement augmenter le nombre des préteurs; si bien que, suivant Pomponius, il y en avait seize au temps d'Auguste et dix-huit au temps de Nerva (2). Leurs fonctions ordinaires consistaient à publier chaque année leur édit, à dresser la liste des *judices*, et enfin à statuer sur les procès. Quelques-uns des préteurs avaient des missions spéciales, comme ceux qui étaient chargés de poursuivre les crimes de faux et de meurtre, comme le préteur fidéicommissaire, et enfin comme celui que Nerva avait établi pour prononcer entre le fisc et les particuliers.

Des édiles curules et plébéiens.

Au-dessous des préteurs se trouvaient les édiles curules et plébéiens, magistrats municipaux chargés de la police intérieure de la ville, et qui avaient une double juridiction : d'abord comme juges de police, puis comme juges de commerce, en quelque sorte, à l'occasion des questions de vices qui pouvaient donner lieu, dans les ventes d'esclaves, d'animaux, et même de fonds de terre, soit à la diminution de prix, soit à l'annulation du contrat (3).

Assesseurs des magistrats.

Un fait bien digne de remarque, c'est que tous les magistrats siégeaient entourés de jurisconsultes, auxquels on a donné plus tard le nom d'assesseurs. Ceci est du reste facile à comprendre; l'édilité

(1) Instit., liv. I, tit. xx, § 3. — G. C. II, § 278. — Ulp. Reg., tit. xxv, § 12. — F. 3, *de alimentis legatis*. D. 34, 1. — F. 5, *de agnoscend. lib.* D. 25, 3. — F. 2, *de collus. detegenda*. D. 40-16. = (2) F. 2, § 32, *de origine juris*. D. 1, 2. = (3) V. au Digeste le titre de *Ædilitio edicto*, 21, 1. — A cette énumération des tribunaux civils, on peut ajouter les pontifes, qui avaient une certaine juridiction volontaire en matière de serments et d'adrogation; ils connaissaient également des questions de sépulture. Enfin dans chaque famille il y avait le tribunal composé des parents, mais il prononçait surtout sur des questions de droit pénal.

et la préture n'étaient souvent qu'un acheminement vers des fonctions politiques plus importantes; le choix des comices pouvait donc porter sur des hommes qui n'avaient pas fait une étude approfondie de la jurisprudence, et il leur fallait des conseillers capables de les guider dans les cas difficiles. Le choix des assesseurs appartenait d'abord aux magistrats; sous l'empire, on en fit une fonction publique salariée (1). A toutes les époques, les assesseurs eurent simplement voix consultative; le magistrat pouvait ne pas suivre leur avis; mais il n'est pas douteux que leur opinion n'exerçât une grande influence sur ses décisions (2).

SECTION II. — Tribunaux en Italie et dans les provinces.

En Italie, chaque cité a sa curie, sénat municipal dans lequel on prend les magistrats. A la tête de la cité il y a des *duumviri* ou *quatuorviri*, qu'on appelle *juridicundo*, parce qu'ils ont pour fonction de rendre la justice. Pendant la période républicaine, la compétence des *duumviri* dans les contestations civiles n'est limitée par aucun maximum. Nous avons dit, dans notre introduction, comment certaines cités révoltées avaient été réduites en préfectures et privées de leur juridiction municipale; la justice était alors rendue par un préfet envoyé de Rome. Cités italiennes.

Dans les provinces, la juridiction variait suivant la condition qui avait été faite à chaque localité par le sénatusconsulte d'annexion, la *lex provinciæ* que promulguait le général vainqueur, assisté de quinze sénateurs. États divers des provinces.

On divise ordinairement les cités de province en trois classes: 1° les *civitates liberæ ac fœderatæ*, qui conservaient leurs magistratures et leurs lois propres; la conquête ne changeait rien pour elles à l'administration de la justice; 2° les cités qui recevaient le *jus italicum*; elles étaient alors organisées comme les municipes italiens, et substituaient les lois romaines à leur propre législation; 3° enfin, il y avait les parties des provinces non privilégiées: là on ne rencontre plus de magistrats locaux, la justice est administrée par le gouverneur romain. Dans le principe, on envoyait des préteurs spéciaux; mais le nombre des provinces ayant augmenté, on les faisait administrer par des *proconsules* ou des *proprætores*, magistrats qui, ayant fini à Rome leurs fonctions annuelles, allaient les continuer dans les provinces.

Les gouverneurs étaient aidés par des lieutenants, *legati*, nommés par le sénat ou choisis par le gouverneur lui-même. Ils avaient également près d'eux un collége d'assesseurs.

(1) V. au Digeste le titre *de officio adsessorum*, I, 22. = (2) F. 40, *de rebus credit*. D. 12, 1.

Conventus indiqués d'avance.

Dans les provinces, on ne rendait pas la justice d'une manière sédentaire. Pendant l'hiver, les gouverneurs parcouraient leur territoire; ils indiquaient d'avance les endroits et les époques de leurs assises, appelées *conventus*. Les plaideurs s'y rendaient, soit pour voir statuer sur leurs affaires, soit pour recevoir un *judex*.

Des judices et des recuperatores.

Nous avons dit que pendant bien longtemps, les particuliers participèrent à l'administration de la justice sous les noms de *judices*, *arbitri* ou *recuperatores*; il y avait là une institution annexe des tribunaux.

Le *judex*, dont l'origine se perd dans la nuit des temps, est un particulier exclusivement choisi, dans cette période, parmi les patriciens. Tous les ans, le préteur publiait une liste de trois cents *judices*, dans lesquels il jurait de ne faire figurer que des gens de bien.

Quelquefois le *judex* était également appelé *arbiter*; mais nous ne savons pas au juste les conséquences pratiques qu'entraînait, sous les actions de la loi, cette différence de vocabulaire.

Choix des judices.

En principe, le *judex* devait être choisi par les plaideurs eux-mêmes. Cicéron formule ainsi cette règle : « Neminem voluerunt « majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed ne « pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter ad- « versarios convenisset (1). » Nos anciens ont voulu que personne ne pût être juge, non-seulement des questions touchant à l'honneur, mais encore des questions pécuniaires les plus minimes, sans avoir été choisi par les plaideurs. Cependant il pouvait se faire que les parties ne fussent pas d'accord : dans ce cas, M. Bonjean pense qu'on tirait le *judex* au sort; MM. Zimmern et Étienne ne sont pas de cet avis. Il est probable que dans ce cas, le magistrat proposait une série de *judices*, que les parties récusaient jusqu'à ce qu'elles fussent d'accord pour accepter l'un des noms indiqués. Quand deux personnes avaient plusieurs procès ensemble, on pouvait nommer un seul *judex*, qui prononçait alors plusieurs sentences, ou même une seule, suivant les circonstances. Les juges devaient avoir un certain âge, dix-huit ans peut-être, déjà avant la loi *Julia judiciaria*. Il est certain qu'il fallait jouir de la capacité civile et politique. Ceux qui avaient été notés d'infamie ne pouvaient pas figurer sur la liste des *judices*; ils ne comptaient plus parmi les hommes de bien.

Le *judex* choisi par les plaideurs ne pouvait pas refuser de remplir ses fonctions, à moins d'excuses valables, comme la maladie, une inimitié grave avec l'un des plaideurs, une absence forcée, etc.

Les juges nommés devaient prêter serment, du moins on le présume, car il n'y a pas de texte formel pour cette période; ils siégeaient sur le forum ou dans le *comicium*, assistés ordinairement de

(1) *Pro Cluentio*, 43.

conseillers, comme les magistrats; l'audience devait toujours être publique.

Quand le procès était pendant à Rome entre des citoyens et des pérégrins, on ne pouvait pas les renvoyer devant un *judex* patricien. Alors on organisait un *judicium* avec des *recuperatores*. *Recuperatores.*

Suivant les auteurs, ces juges tirent leur origine d'une institution de droit international. Ordinairement, quand Rome traitait avec un peuple étranger, après la guerre, on créait un tribunal mixte chargé de statuer sur les indemnités à se payer de nation à nation. On en trouve un exemple dans le traité fait avec les Latins, en l'an 261 de Rome. Ces juges, appelés *reciperatores* ou *recuperatores*, devaient juger rapidement; il était convenu, dans le traité avec les Latins, qu'ils statueraient dans les dix jours.

Cette institution fut appliquée à Rome aux contestations avec les pérégrins.

Les récupérateurs étaient toujours au nombre de trois ou de cinq; ils pouvaient être choisis en dehors de la liste des *judices* et même parmi les pérégrins.

On pense que la manière de choisir les récupérateurs n'était pas toujours la même : tantôt les parties présentaient chacune un récupérateur, et le magistrat nommait le troisième; il y avait alors nomination *per sumere recuperatores*; tantôt on procédait *per rejicere*, par récusation. Dans ce cas, le magistrat proposait des noms que les parties admettaient ou récusaient. Choix des récupérateurs.

Avec le temps les récupérateurs furent appliqués même à des procès pendants entre citoyens romains, quand la décision requérait célérité. Ceci avait déjà lieu avant Cicéron, et voici la liste des principaux cas dans lesquels on les employait : 1° l'action d'injure grave(1); 2° l'action *vi bonorum raptorum*; 3° souvent la procédure des interdits; 4° la poursuite contre l'affranchi qui a attaqué son patron sans permission du préteur (2); 5° l'action dirigée contre ceux qui entravaient la *vocatio in jus*; 6° les questions de *vadimonium* (3); 7° les questions de liberté et d'ingénuité, etc. Extension des *recuperatores.*

En province les gouverneurs avaient aussi leurs listes de *judices*; mais il est remarquable que tous les textes leur donnent le nom de *recuperatores*. Ainsi Gaius, ainsi Ulpien, disent-ils en parlant du *consilium* devant lequel on faisait la manumission : « In provinciis « autem vigenti recuperatorum civium romanorum (4). » Cela vient peut-être de ce que les magistrats imposaient aux juges de province la nécessité de juger dans un certain délai. *Judices* en province.

Dans les procès mixtes entre citoyens romains et pérégrins, il est

(1) Aulu-Gelle, 20. 1. = (2) G. C. IV, § 46. = (3) G. C. IV, § 183. = (4) G. C. I, § 20, Ulp. Reg., tit. 1, § 13.



probable qu'on avait généralisé dans les provinces ce que la loi Rupilia avait établi pour la Sicile; quand il y avait à procéder devant un seul *judex*, on le prenait dans la nation du défendeur (1).

TITRE II.

Marche de la procédure.

Sommaire. — 1. *Distinction des jours fastes et néfastes.* — 2. *Règles de compétence.* — 3. Vocatio in jus. — 4. *Nomination du* judex. — 5. Comperendinatio. — 6. Causæ collectio. — 7. *Preuves.* — 8. *Sentence.*

Jours fastes.

A Rome, la justice n'était pas continue, *assidua*, les tribunaux ne siégeaient qu'à des jours déterminés appelés *dies fasti*, *dies cognitionum*. Dans l'origine, c'était tous les neuf jours, et la loi Hortensia voulait que ce fût un jour de marché, *nundinæ*. Les époques pendant lesquelles on ne pouvait pas plaider étaient appelées jours néfastes; quelquefois ces jours étaient *repentini*, décrétés inopinément par les magistrats à l'occasion d'un événement heureux ou malheureux. Plus tard, le nombre des audiences ne suffisant pas, on permit aux juges de siéger quand le peuple se rassemblait, mais à des heures autres que les comices. Outre cela, il y avait les vacances pendant lesquelles les tribunaux étaient fermés. Pour en terminer sur ce point, nous dirons qu'à l'époque des empereurs, il y avait tous les ans deux cent trente jours pendant lesquels les magistrats pouvaient *jus dicere*. On reconnaissait dans la pratique quatre sorte de jours : 1° les *dies fasti*, pendant lesquels on pouvait plaider jusqu'au coucher du soleil. La loi des douze Tables portait : « Sol occasus suprema tempestas esto. » Que le coucher du soleil termine l'audience; 2° les *dies casu fasti*, c'est-à-dire les jours de comices; 3° les *dies intercisi*, pendant une partie desquels on pouvait plaider, tandis que l'autre partie était néfaste; 4° les *dies nefasti*, jours où les tribunaux étaient fermés.

Publication des fastes.

Pendant une partie de la période qui nous occupe, la connaissance des fastes et des cérémonies des actions de la loi était renfermée dans la caste patricienne, si bien que les plébéiens ne pouvaient pas plaider sans recourir à leur aide. Vers le milieu du cinquième siècle de Rome, Cnæius Flavius, scribe du patricien Appius Claudius Cæcus, surprit à son patron le livre des formules et le calendrier des fastes, puis il les publia, afin que les plébéiens pussent agir seuls en justice. Le peuple fut si reconnaissant de cette divulgation, qu'il fit Flavius édile curule; suivant Pomponius, il fut également tribun du peuple et sénateur (2). On prétend que les pontifes, pour ressaisir leur influence, avaient composé de nouvelles formules plus compli-

(1) Cicéron, *in Verr.*, 2, 13. — Cf. Dureau de la Malle, t. II, p. 351. — (2) F. 2, § 7, *de origine juris*. D. 1, 2.

quées, qui furent de nouveau communiquées au peuple par le jurisconsulte Sextus Ælius; cependant Pomponius affirme que le *jus Ælianum* comprenait seulement certaines formules qui manquaient au *jus Flavianum*, comme on appelait le recueil de Flavius.

Règles de compétence sous les actions de la loi.

En procédure, la première question à se poser, c'est de savoir devant quel tribunal on doit se présenter. Sous le système des actions de la loi, la réponse est très-simple. On dit d'abord : « Roma « patria communis est, » Rome est la patrie commune; donc tous les citoyens qui se trouvaient à Rome pouvaient être contraints à plaider devant les magistrats romains; c'était un privilége que de pouvoir *revocare domum*, c'est-à-dire se faire renvoyer devant le tribunal de son domicile.

Hors de Rome, la règle était : « Actor sequitur forum rei, » le demandeur doit aller plaider devant le tribunal du défendeur.

Le domicile est le lieu où l'on a son principal établissement : « Ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam « constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde « cum profectus est, peregrinari videtur; quod si rediit, peregrinari « jam destitit(1).» L'endroit d'où l'on ne sort pas sans être considéré comme étant en voyage. On ne distinguait pas à cette époque les actions *in rem* des actions *in personam*; la compétence territoriale était fixée par le domicile. On pouvait, cependant, convenir qu'on irait plaider ailleurs; puis, dans le cas de demande reconventionnelle dirigée par le défendeur contre le demandeur, on devait faire statuer sur les deux procès par le même juge, *apud eumdem judicem agendum est* (2).

1er Acte. *Vocatio in jus.*

Tout procès doit commencer par la *vocatio in jus*, ce que nous appelons dans le langage moderne l'ajournement. Cet acte se ressent d'abord de la rudesse des temps; il a lieu *obtorto collo :* on saisit l'adversaire par le cou, et il lui est interdit de résister sous peine d'être condamné sans pouvoir se défendre. La résistance se constatait par le témoignage des assistants. « Si in jus vocat, ni it antes- « tator. » Cependant le défendeur assigné pouvait se dispenser de comparaître devant le magistrat en présentant un *vindex* solvable, c'est-à-dire une personne qui prenait le procès et la condamnation possible à sa charge; c'était lui qui devenait en quelque sorte l'obligé du demandeur. La loi des douze Tables portait encore : « Assiduo vindex assiduus esto; proletario quisquis volet vindex « esto. »

Vindex, sa condition.

La *vocatio in jus* n'était possible que sur la voie publique; le domicile de chaque citoyen était déclaré inviolable : « Domus tutis- « simum cuique refugium atque receptaculum. » Si l'assigné était

(1) L. 9, Cod., *de incolis*, 10, 29. = (2) F. 11, § 1, *de jurisdictione*. D. 2, 1.

infirme, le demandeur devait lui fournir des moyens de transport pour se rendre devant le magistrat (1).

Toutefois il y avait certaines circonstances qui empêchaient la *vocatio in jus*, ainsi les grands magistrats, comme les consuls, les préteurs et les proconsuls, ne pouvaient pas être assignés pendant la durée de leur magistrature ; il en était de même, soit pour le particulier occupé des cérémonies de son mariage, ou qui conduisait les funérailles d'un proche, soit pour le pontife qui célébrait un sacrifice, etc. Enfin le préteur défendait d'ajourner son ascendant, son patron et les enfants du patron sans une permission spéciale (2), qu'il se réservait d'accorder ou de refuser.

Acte. nination u *judex*.

Quand les parties étaient devant le magistrat, que se passait-il dans l'origine? Ici se présente un problème dont la solution a donné lieu à bien des controverses. On sait que dans certaines actions de la loi, comme la *judicis postulatio* et la *condictio*, le magistrat ne faisait que constater le point de fait et de droit allégué par les plaideurs, puis il les renvoyait devant un *judex*; mais ces actions ne remontent pas à une haute antiquité dans l'histoire romaine; la question est donc de savoir si pour l'action la plus ancienne, pour le *sacramentum*, il y a toujours eu renvoi devant un des particuliers portés sur la liste des *judices*.

Gaïus, dans son quatrième commentaire, § 15, dit en parlant du renvoi devant le *judex:* « Idque per legem Pinariam factum est, « ante eam autem legem..... dabatur judex. » On a proposé deux manières de remplir la petite lacune du texte. M. Hefter croit qu'il faut lire : « *Nondum* dabatur judex. » La loi Pinaria aurait donc introduit ce nouvel élément dans le *sacramentum*, elle aurait scindé la procédure en deux parties. MM. Hollweg et Blondeau sont d'avis de lire : « *Statim* dabatur judex ; » le juge était donné sur-le-champ, et la loi Pinaria n'aurait fait qu'introduire le délai de trente jours. Nous nous rattachons complétement à ce dernier avis; comme nous l'avons dit, l'intervention des particuliers dans l'administration de la justice remonte aux premiers temps de Rome, nous croyons même que c'était une institution empruntée aux peuples qui existaient avant la fondation de Rome, peut-être à cette civilisation étrusque dont on a retrouvé des monuments si remarquables.

Quoi qu'il en soit, les parties, après avoir rempli les formalités du *sacramentum* (3), étaient renvoyées à trente jours pour venir recevoir un *judex*. Ceci avait été établi par la loi Pinaria, pour donner aux plaideurs le temps de préparer leurs moyens et de réunir tous les éléments de la preuve à faire. La comparution était as-

(1) Aulu-Gelle, liv. XX. ch. 1. = (2) F. 2, 4, *de in jus vocando*. D. 2, 4. = (3) V. *infra*, l'explication de l'*actio sacramenti*.

surée de part et d'autre, à l'aide de certaines garanties connues sous le nom de *vadimonium*.

Une fois le juge donné, les parties s'ajournaient à comparaître devant lui le troisième jour, c'était faire la *comperendinatio*. Festus dit : « Comperendinatio significat judicium in diem tertium « constitutum. » Peut-être il y avait-il à ce moment un second *vadimonium*; peut-être faisait-on aussi quelque acte analogue à la *litis contestatio*, que nous retrouverons sous le système formulaire. Ce sont là des questions sur lesquelles nous n'avons aucun renseignement.

3e Acte. *Comperendinatio.*

Après la *comperendinatio*, les parties se rendaient devant le *judex*. Elles commençaient par lui faire un exposé sommaire des moyens; elles posaient en quelque sorte des conclusions : « Deinde « cum ad judicem venerant, antequam apud eum causam perora- « rent, solebant *breviter* ei et quasi per indicem rem exponere; quæ « dicebatur causæ collectio, quasi causæ suæ in breve coactio (1). » Lorsque ensuite les plaideurs venaient devant le juge, avant de plaider leur affaire, ils l'exposaient sommairement; on appelait cet acte la *causæ collectio*, c'est-à-dire une sorte de résumé du procès.

4e Acte. *Causæ collectio.*

Puis arrivaient les preuves administrées surtout par témoins dans l'origine; c'était dans la plaidoirie des avocats qu'on faisait intervenir les déclarations de témoins ou la lecture des pièces; ils interrompaient leur discours, qu'ils reprenaient ensuite en discutant les éléments acquis par la lecture ou la déposition. Enfin le juge prononçait la sentence, qui pouvait avoir un triple caractère: ou bien on absolvait le défendeur, ou bien on le condamnait, soit à livrer la chose réclamée, soit à payer la somme due (2), ou bien le juge déclarait que l'affaire ne lui paraissait pas claire : *Mihi non liquet*, et alors on renvoyait les plaideurs devant un autre *judex*.

5e Acte. Administration des preuves.

6e Acte. Sentence.

Telle était en résumé la marche de la procédure quand le litige était pendant entre citoyens romains, mais lorsqu'il y avait des pérégrins en cause, il fallait modifier les règles du droit. Il est certain, en effet, qu'on ne pouvait pas appliquer directement à des étrangers les actions de la loi, dans lesquelles on se demandait toujours si telle chose existait ou n'existait pas *ex jure Quiritium*; d'un autre côté, on sait également qu'avant la création du préteur pérégrin, les étrangers à la cité comparaissaient devant le préteur urbain qui constituait le *judicium* d'une manière toute spéciale. Il prenait d'abord le *judex* en dehors des listes publiées, et même parmi les pérégrins (3); puis, ce qui est fort important à remarquer, il remettait aux parties une FORMULE dans laquelle était simplement posé le fait à résoudre : Titius a-t-il prêté? Titius doit-il rendre?

Procès avec les pérégrins. Introduction de la formule.

Rédaction de la formule.

(1) G. C. IV, § 15. = (2) G. C. IV, § 48. = (3) G. C. IV, § 105.

Actions fictices.

Quelquefois cependant le préteur procédait autrement; déjà, à l'époque des actions de la loi, il employait les actions fictices, et supposait tous les plaideurs citoyens romains. Gaïus nous apprend que cela avait été appliqué à la loi Aquilia, dont la date remonte à l'an 468 de Rome : « Similiter si ex lege Aquilia *peregrinus* damni « injuriæ agat, aut *cum eo* agatur, *ficta civitate romana judicium* « *datur* (1). » Enfin nous avons déjà dit comment la procédure par récupérateurs avait été appliquée aux procès mixtes.

TITRE III.

Voies de recours contre les jugements. Modes d'exécution employés à l'époque des actions de la loi.

Sommaire. — 1. Revocatio in duplum. — 2. Intercessio ou appellatio. — 3. *Saisissait-on les biens?* — 4. Manus injectio. — 5. Pignoris capio.

SECTION PREMIÈRE. — **Voies de recours contre les jugements.**

Dans cette période, il n'y avait pas de recours régulier d'un tribunal inférieur à un tribunal supérieur, la hiérarchie judiciaire n'était pas encore constituée.

Cependant on rencontre déjà deux institutions dont les applications sont assez obscures : c'est d'abord la *revocatio in duplum*, consistant à nier que le premier jugement eût une existence légale; on prétendait qu'il y avait eu violation des principes du droit. Cet incident était infiniment fâcheux pour le demandeur, qui avait déjà fait une fois la preuve de son droit, et qui était obligé de recommencer. Pour punir l'adversaire, on avait déclaré que, s'il succombait dans la seconde instance, il serait condamné à payer deux fois la somme réclamée. Nous ne pensons pas qu'on doive faire rentrer dans la *revocatio in duplum* le cas où le défendeur niait le fait de l'existence du jugement; il y avait bien encore dans cette hypothèse, condamnation au double, mais c'était une punition de l'*inficiatio*. Ce qui établit la différence entre les deux cas, ce sont quelques textes de Paul, qui nous ont été conservés dans ses sentences, au titre *de effectu sententiarum*. (Sentences, liv. V, tit. v, A). Il pose d'abord ce principe, § 5 : « Confessionem suam reus in duplum revo- « care non potest; » quand il y a eu aveu, on ne peut plus révoquer *in duplum* le jugement rendu; § 7 : « Ab ea sententia quæ ad- « versus contumaces data est, neque appellari, neque *in duplum revocari* potest; » on ne peut employer ni l'appel, ni la *revocatio in duplum*, à l'occasion d'un jugement rendu contre un défendeur qui fait défaut; enfin, § 8 : « Res olim judicata post longum silen-

Différence avec l'*inficiatio*.

(1) G. C. IV, § 37.

« tium in judicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari; » on ne peut plus appeler ou révoquer *in duplum*, quand le jugement a été rendu depuis longtemps; et le jurisconsulte admet le délai de la *præscriptio longi temporis*, dix ans entre présents, et vingt ans entre absents (1). Il résulte bien de ces textes que l'existence de fait du jugement n'était pas mise en question; on niait seulement qu'il eût une force légale suffisante pour servir de base aux actes d'exécution. Quand il y avait *revocatio in duplum*, on renvoyait les parties devant les mêmes juges : cela résulte d'un passage de Cicéron, *pro Flacco;* il rappelle comment dans une circonstance pareille son frère avait décidé que l'on plaiderait devant les mêmes récupérateurs : « Si metu coactos diceret, haberet *eosdem* « *recuperatores.* »

Le second mode de recours est connu sous le nom d'*intercessio* ou *appellatio*. C'était une institution toute différente de l'appel, dont nous aurons à nous occuper dans les périodes suivantes : elle reposait sur le droit de *veto*, qui appartenait à tous les magistrats romains, à l'occasion des actes des autres magistrats égaux ou inférieurs. Ainsi, on trouve des exemples de consuls révoquant le mandat donné à un *judex* par le préteur. Cicéron raconte comment le préteur Piso avait apposé son *veto* à certains actes de Verrès. Mais c'était surtout aux tribuns du peuple qu'on demandait l'application du droit d'*intercessio* ou d'*appellatio*. Dans ce cas, tout le collége des tribuns se rassemblait, entendait les parties ou leurs avocats, et décidait ensuite par un décret collectif ce qu'il fallait faire. Mais cela n'enlevait pas à chaque tribun le droit de faire opposition individuellement à l'exécution d'une sentence. Aulu-Gelle en cite un exemple : le collége des tribuns avait rejeté une *provocatio* adressée par Scipion l'Asiatique, condamné à une amende; le tribun Tibérius Sempronius Gracchus empêcha qu'il ne fût mis en prison en interposant son *veto* (2). *Intercessio ou appellatio. Elle est basée sur le droit de veto.*

Ce système était insuffisant en ce qu'il n'amenait qu'à des résultats négatifs. Sans doute, un citoyen injustement condamné pouvait éviter l'exécution, grâce à l'*intercessio;* mais si le demandeur avait raison et que sa prétention eût été repoussée, il se trouvait entièrement désarmé, l'*intercessio* ne lui présentait aucune utilité. *En quoi ce moyen est insuffisant.*

Il faut enfin rappeler que, vers la fin du système des actions de la loi, la *restitutio in integrum* était appliquée par les préteurs; il est donc fort probable qu'ils l'accordaient déjà *adversus rem judica-* *Restitutio in integrum.*

(1) Add. l. 4, Cod., *quomodo et quando*, 7, 43.—Add., Cod. Gregor., l. 1, *quibus res judicata*, 10, 1. — Cicéron, *pro Flacco*, 21, mentionne la *revocatio in duplum*. = (2) Aulu-Gelle, liv. VII, ch. XIX.

tam, soit aux mineurs de vingt-cinq ans, soit aux majeurs quand il y avait eu violence ou tout autre acte prévu par l'édit.

SECTION II. — **Modes d'exécution des jugements.**

Les modes d'exécution, à l'époque des actions de la loi, ont donné lieu à une grande discussion entre les auteurs. Gaïus dit dans son Commentaire 4, § 48, en signalant le caractère pécuniaire de la condamnation, sous le système formulaire : « Judex non ipsam rem « condemnat eum eum quo actum est, sicut *olim* fieri solebat ; » le juge ne condamne pas le défendeur à livrer la chose elle-même, comme cela avait lieu autrefois. Ainsi, le débiteur d'un esclave était condamné à en opérer la tradition; celui qui avait promis une somme était condamné à tenir sa promesse, etc. Mais comment exécutait-on la sentence? Pouvait-on saisir les biens et les faire vendre pour désintéresser le créancier? Des auteurs le soutiennent (1); ils pensent qu'on pouvait faire exécuter la sentence sur les biens du condamné, sans qu'il fût nécessaire de saisir sa personne comme gage.

Peut-on saisir les biens? Discussion.

Cette opinion, qui paraît si évidente dans notre droit moderne, ne nous semble pas exacte dans le système des actions de la loi. Gaïus, dont le manuscrit est assez complet dans cette partie, ne parle de la *pignoris capio*, de la saisie des biens, que pour des circonstances spécialement établies par la loi ou par le droit coutumier. En principe, tout jugement devait être exécuté par la *manus injectio*, après les trente jours accordés au condamné par la loi des douze Tables. Il y avait alors *addictio*, durant soixante jours (2), et une fois le délai écoulé, le débiteur était vendu comme esclave *trans Tiberim*, ou bien les créanciers, s'ils étaient plusieurs, pouvaient le couper en morceaux, *partes secanto*. C'était évidemment le moyen le plus efficace qu'on pût trouver pour amener le débiteur à faire tous ses efforts pour se libérer. Il s'agissait pour lui de la liberté ou de la vie; il était donc bien probable qu'il ferait tous ses efforts pour arrêter le cours de l'*addictio*. Nous pensons que le vrai caractère du droit romain, c'était de saisir celui qui n'avait pas payé ou transigé dans les trente jours; la saisie des biens n'était admise que si le débiteur avait pris la fuite. (3). Cette opinion est aussi celle de Niebühr et de Zimmern; suivant ces auteurs, ce serait seulement à partir de la loi Pœtelia, sur les *nexi* (an 428 de Rome), qu'on aurait pu saisir les biens sans commencer par faire du débiteur un *addictus*.

Manus injectio.

Quoi qu'il en soit, voici, d'après Gaïus, comment on procédait à la *manus injectio* :

(1) V. M. Rudorff, dans la *Zeitschrift*, t. XIV, *ueber die litis crecens*, et M. Giraud, *du Prêt à intérêt chez les Romains*, p. 100. — (2) V. t. I, p. 156. — (3) G. C. III, § 78.

§ 21. Per manus injectionem æqua de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege aliqua cautum est; veluti judicati lege duodecim Tabularum, quæ actio talis erat. Qui agebat sic dicebat: QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES SESTERTIUM X MILLIA, QUÆ DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILLIUM JUDICATI MANUS INJICIO; at simul aliquam partem corporis ejus prendebat. Nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed VINDICEM dabat qui pro se causam agere solebat. Qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore, et vinciebatur.

On employait la *manus injectio* dans les cas où cela avait été établi par quelque loi, comme cela avait été fait par la loi des douze Tables pour la chose jugée. Voici comment on procédait. Le demandeur disait : Comme tu as été jugé et condamné à me payer dix mille sesterces, ce que tu n'as pas fait par dol, par ce motif, je te fais la *manus injectio judicati* pour dix mille sesterces. Et en même temps il le saisissait par quelque partie du corps. Il n'était pas permis au *judicatus* de repousser cette main-mise, et de défendre lui-même à l'action de la loi; il devait donner un *vindex* qui plaidait pour lui-même. Celui qui ne donnait pas de *vindex* était conduit chez le créancier et chargé de liens. Gaius, C. IV.

M. de Savigny pense qu'il faut lire dans le commencement du paragraphe : *lege Aquilia*, et c'est aussi l'opinion adoptée par Zimmern (1); on aurait eu pour but d'arriver, par une procédure rapide, à réprimer les dommages causés à la propriété d'autrui.

Manus injectio pro judicato.

Quelques autres lois, comme la loi Publia, pour le *sponsor* non remboursé dans les six mois, comme la loi Furia contre le créancier qui avait demandé à chaque *sponsor* plus que sa part virile, avaient établi une *manus injectio pro judicato*, dans laquelle on agissait comme s'il y avait eu jugement. Il fallait donc encore que le débiteur donnât immédiatement un *vindex*, sous peine d'être *addictus*.

Manus injectio pura.

Il y avait enfin une *manus injectio pura*, donnée dans certains cas déterminés; ainsi par la loi Furia testamentaria, contre le légataire qui avait accepté plus de mille as, sans être une des personnes exceptées; mais ici le débiteur pouvait repousser la main-mise, et plaider lui-même pour défendre sa liberté.

Ce droit fut généralisé par une action dont le nom est illisible dans le manuscrit de Gaïus; on ne fut plus tenu de donner un *vindex* que pour le *judicatum* et le *depensum* (2). Du reste, toutes les *manus injectiones* disparurent à l'époque de la loi Æbutia, les modes d'exécution changèrent, comme nous le verrons, dans la période suivante.

Ainsi, en résumé, la règle générale à l'époque des actions de la loi est qu'on exécute les sentences par *manus injectio*, saisie de la personne, suivie de l'*addictio* et de la vente *trans Tiberim*, si le condamné ne paye pas.

Pignoris capio.

Il y avait cependant des cas où l'on agissait par saisie des biens; c'était dans l'action de la loi appelée la *pignoris capio*.

(1) Zimmern, *Actions*, § 17, note 7. — (2) G. C. IV, § 22 à 25.

Gaius, C. IV. § 26. Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, lege.

§ 27. Introducta est moribus, rei militaris; nam propter stipendium licebat militi ab co qui æs tribuebat, nisi daret, pignus capere. Dicebatur antem ea pecunia quæ stipendii nomine dabatur, æs militare. Item propter eam pecuniam licebat pignus capere ex qua equus emendus erat; quæ pecnnia dicebatur æs equestre. Item propter eam pecnniam ex qua hordeum equis erat comparandum, quæ pecunia dicebatur æs hordearium.

On agissait par la *pignoris capio*, dans certains cas d'après la loi, et dans d'autres d'après le droit coutumier.

Elle a été introduite par les mœurs pour les affaires militaires; car on pouvait saisir un gage sur celui qui devait payer la solde, s'il ne le faisait pas. L'argent dû pour la solde était appelé *æs militare*. On pouvait aussi prendre un gage pour faire payer l'argent avec lequel on devait acheter un cheval, ce qu'on appelait *æs equestre*. De même pour l'argent avec lequel on devait acheter l'orge destiné aux chevaux, et qu'on appelait *æs hordearium*.

L'*æs equestre* et l'*æs hordearium* étaient des sommes dont le payement devait être fait par des citoyens riches, que leur âge ou leurs infirmités empêchaient de figurer sur les rôles militaires. Tite Live raconte que Servius Tullius, en créant les centuries d'*equites*, leur avait attribué un certain nombre de femmes veuves qui devaient payer deux mille as par an pour l'entretien des cavaliers et des chevaux (1).

§ 28. Lege autem introducta est pignoris capio, velut lege XII Tabularum adversus eum qui hostiam emisset, nec pretium redderet; item adversus eum qui mercedem non redderet pro eo jumento, quod quis ideo locasset ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium impenderet. Item, lege .....oria data est pignoris capio pnblicanis vectigalium publicorum populi romani, adversus eos qui aliqua lege vectigalia deberent.

La saisie du gage a été introduite par la loi; ainsi dans la loi des douze Tables, contre celui qui avait acheté une victime sans en payer le prix. Il en était de même pour celui qui n'avait pas payé le loyer d'une bête de somme dont le maître avait fait la location, afin d'offrir un sacrifice avec la somme reçue. De même, une loi ..... donnait le droit de saisie aux publicains, fermiers du peuple romain, contre ceux qui n'avaient pas payé les impôts établis par des lois.

Des auteurs pensent que la loi dont on n'a pu lire le nom dans Gaïus était une loi Censoria, mentionnée au Digeste par Alfenus Varus (2).

La *pignoris capio* pouvait avoir lieu en l'absence de l'adversaire, sans l'intervention du magistrat, et même un jour néfaste; aussi des jurisconsultes lui refusaient-ils le nom d'action; ils n'y voyaient avec raison qu'un mode d'exécution.

§ 29. Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur; et ob id *plerisque* placebat hanc quoque actionem legis actionem esse : quibusdam autem (*non*) placebat, primum quod pignoris capio extra jus peragebatur, id est, *non apud prætorem*, plerumque

Dans tous ces cas, on saisissait le gage en prononçant certaines paroles; c'est pour cela que la majorité des jurisconsultes y voyaient une action de la loi; d'autres ne partageaient pas cet avis, parce que la saisie avait lieu hors du tribunal, c'est-à-dire sans qu'on fût

(1) Tite Live, liv. I, ch. XLIII. — (2) F. 203, *de verbor. signif.* D. 50, 16.

etiam *absente* adversario, cum alioquin cæteris actionibus non aliter uti possit quam apud prætorem, præsente adversario; præterea, *nefasto quoque die*, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

devant le préteur; souvent même elle avait lieu en l'absence de l'adversaire, tandis que les autres actions ne peuvent être intentées que devant le préteur, et l'adversaire étant présent; en outre, on pouvait opérer la saisie du gage, même un jour néfaste, c'est-à-dire, à un moment où il n'était pas permis d'agir en justice.

TITRE IV.

Explication des trois actions de la loi : 1° Le sacramentum. 2° La judicis postulatio. 3° La condictio.

Sommaire. — 1. *Caractère du* sacramentum. — 2. *Développement de sa procédure dans les actions* in rem *et* in personam. — 3. *Utilité présumée de la* judicis postulatio. — 4. *Pourquoi on a créé la* condictio.

Des trois actions dont nous allons nous occuper, la première, le *sacramentum*, est assez bien connue par suite des renseignements qui nous ont été conservés par Gaïus et les auteurs classiques; mais les deux autres ne sont expliquées qu'à l'aide de conjectures, souvent fort ingénieuses, mais dont il est toujours permis de contester l'exactitude.

A. *Le sacramentum.*

Le *sacramentum* est la plus ancienne action de la loi; elle était générale, suivant Gaïus, et il fallait y recourir toutes les fois que la loi n'avait pas formellement indiqué une autre manière de procéder (1).

Caractère général du *sacramentum*; en quoi il consiste. Somme à déposer.

Les parties faisaient une sorte de pari. Autrefois elles devaient déposer entre les mains des pontifes, et plus tard promettre avec caution, *prædes sacramenti*, une somme de cinq cents as si l'importance du litige dépassait mille as, et de cinquante as si le chiffre de la contestation était moindre. Cependant, lorsqu'il s'agissait d'une revendication de liberté, l'*assertor* ne devait jamais un *sacramentum* au-dessus de cinquante as, sans distinguer la valeur de l'esclave. Ceci avait été établi pour rendre plus facile l'intervention des tiers comme *assertores*. Du temps de Gaïus, et dans les cas où l'on employait encore le *sacramentum*, la somme à déposer était de cent vingt-cinq as (2).

Le juge déclarait injuste le *sacramentum* de celui qui perdait son procès; la somme déposée était alors confisquée et appliquée aux dépenses du culte. Au contraire, celui dont le *sacramentum* était proclamé *justum* reprenait sa consignation.

(2) G. C. IV, § 13. = (2) G. C. IV, § 14, 95.

Telle était, en principe, l'action *sacramenti*; mais elle présentait dans son application des particularités que nous devons examiner. La procédure variait, en effet, suivant qu'il s'agissait de faire valoir un droit de créance ou un droit de propriété.

Application du *sacramentum* à un droit personnel.

Dans le cas d'un droit personnel, lorsqu'on réclamait, par exemple, une somme d'argent, le manuscrit de Gaïus ne nous indique pas les formalités à observer; mais, à l'aide de conjectures, on a rétabli la marche de la procédure. Suivant toutes les probabilités, après la *vocatio in jus*, quand les parties arrivaient devant le magistrat, elles employaient les formules que voici (1).

Formules employées.

Le demandeur disait au défendeur : « *Quando in jure te conspicio,* « *postulo an fias auctor qua de re mecum nexum fecisti.* » Puisque je te vois devant le magistrat, je te demande si tu reconnais avoir fait un *nexum* avec moi.

Le défendeur niait; alors le demandeur : « *Quando negas, sacra-* « *mento quingenario te provoco, si propter te fidemve tuam captus* « *fraudatusve siem.* » Puisque tu nies, je te provoque au *sacramentum* de cinq cents as, si j'établis que j'ai été trompé et fraudé par toi ou par l'intervention de ta garantie.

A son tour, le défendeur prenait la parole : « *Quando ais neque* « *negas me nexum fecisse tecum, qua de re agitur, similiter ego te* « *sacramento quingenario te provoco, si propter me fidemve meam* « *captus fraudatusve non sis.* » Puisque tu affirmes qu'il y a eu *nexum* entre nous, question qu'il s'agit d'examiner, je te provoque au *sacramentum* de cinq cents as pour le cas où j'établirai que tu n'as été fraudé ni par moi ni par l'intervention de ma garantie.

Alors les sommes étaient déposées ou assurées par les *vades*; les parties demandaient un *judex*, on les renvoyait à trente jours, et la procédure suivait la marche que nous avons déjà indiquée.

Application du *sacramentum* à la propriété.

Quand le procès avait pour objet de faire constater un droit de propriété, il fallait distinguer si la chose dont il s'agissait était mobilière ou immobilière.

Vindicte. Duel simulé.

Dans ces deux cas, le procès commençait, après la *vocatio in jus*, par un combat simulé, qui était probablement autrefois une lutte réelle, comme le duel judiciaire au moyen âge (2). Chaque plaideur se présentait, armé d'une *festuca*, baguette représentant la lance symbolique de la propriété. « Festuca autem utebantur quasi hastæ « loco, signo quodam justi dominii, omnium enim maxime sua esse « credebant, quæ ex hostibus cepissent. » Ils se servaient de la baguette comme d'une lance, symbole de la propriété reconnue par

(1) V. Bonjean, t. 1, p. 381. = (2) Cf. M. Giraud, *Histoire du droit romain*, p. 83, note 1.

la loi; car ils regardaient surtout comme leur appartenant ce qu'ils avaient pris sur l'ennemi (1).

S'il s'agissait d'une chose mobilière, on l'apportait devant le magistrat, ou du moins on la représentait par une de ses parties.

§ 17. Si qua res talis erat ut (*non*) sine incommodo posset in jus adferri vel adduci, velut si columna aut grex alicujus pecoris esset, pars aliqua unde sumebatur; deinde in eam partem quasi in totam rem præsentem fiebat vindicatio. Itaque ex grege vel una ovis aut capra in jus adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in jus adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur. Similiter si de fundo vel de ædibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in jus adferebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem præsentem fiebat vindicatio : velut ex fundo gleba sumebatur, et ex ædibus tegula, et si de hereditate controversia erat, æque...

Si la chose était telle qu'on ne pût, sans inconvénients, la porter ou la mener devant le magistrat, par exemple une colonne ou un troupeau, on en prenait une partie, et on faisait la vindicte sur cette fraction comme sur la totalité. Ainsi, on menait devant le magistrat une brebis ou une chèvre du troupeau, ou bien on se contentait de porter du poil ou de la laine; pour un navire ou une colonne, on en détachait une parcelle. De même si le procès avait pour objet un fonds ou une hérédité, on eu prenait une partie qu'on portait devant le magistrat, et sur laquelle on faisait la revendication comme sur le tout. Ainsi on prenait une glèbe dans un champ, une tuile sur une maison; pour les hérédités, on agissait de même..... Gaius, C. IV.

Alors chaque plaideur, la lance à la main, remplissait les formalités de la revendication; le demandeur saisissait la chose, *ipsam rem apprehendebat*, et à toutes les époques du droit romain, cette possibilité de saisie a été exigée comme base essentielle de la revendication; les choses éteintes ou absentes ne pouvaient pas être revendiquées.

A ce moment commençait un dialogue que Gaius nous a conservé.

Le demandeur : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum « esse aio, secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam « imposui.* » Je dis que cet homme est à moi, suivant le droit romain, sa condition est telle que je l'ai dit; aussi je t'oppose la revendication. Et en disant cela, il touchait l'esclave avec sa baguette.

Le défendeur accomplissait les mêmes formalités et prononçait les mêmes paroles; les deux lances étaient donc en quelque sorte en arrêt; il fallait, pour empêcher la violence, l'intervention de l'autorité publique. Le préteur prenait la parole et disait aux parties : « *Mittite ambo hominem.* » Lâchez tous les deux cet homme. Ils obéissaient, et le dialogue continuait.

Le demandeur : « *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris.* » Je te somme de dire par quelle cause tu as fait la revendication.

Le défendeur : « *Jus peregi sicut vindictam imposui.* » J'ai fait valoir mon droit en imposant la vindicte.

(1) G. C. IV, § 16, *in fine*.

Le demandeur : « *Quando tu injuria vindicavisti, D. æris sacra-* « *mento te provoco.* » Comme tu as revendiqué à tort, je te provoque au *sacramentum* de cinq cents as.

Le défendeur : « *Similiter ego te.* » Je te provoque également.

Constitution du défendeur. A ce moment on faisait le dépôt. Mais dans la revendication il y avait un incident qui ne se présentait pas pour les actions personnelles. Il est évident que si on demande une somme d'argent à une personne, le débiteur prétendu devra remplir le rôle de défendeur; mais en matière de revendication, la question peut être plus délicate: quel est celui des plaideurs qui aura la possession de la chose et qui sera chargé de défendre au procès? Sous le système des actions de la loi, avant l'organisation des interdits possessoires, le magistrat attribuait la possession à qui bon lui semblait. Gaïus dit : « Postea prætor secundum alterum eorum *vindicias* dicebat, id est « *interim aliquem possessorem constituebat*, eumque jubebat prædes « adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum. » Ensuite le préteur donnait les *vindiciæ* à l'un des plaideurs, c'est-à-dire le constituait possesseur intérimaire, et lui ordonnait de donner des cautions à son adversaire, tant pour le procès que pour la jouissance intérimaire, c'est-à-dire pour assurer la restitution de la chose et des fruits.

En principe, le magistrat n'était astreint à suivre aucune règle pour donner la possession, si ce n'est dans le cas où l'on revendiquait en servitude une personne vivant actuellement *in libertate*; les *vindiciæ* devaient alors être accordées en faveur de la liberté, et l'on sait comment la révolution qui amena la chute des décemvirs fut occasionnée par la décision d'Appius Claudius, qui avait décidé, dans le procès de Virginie, que les *vindiciæ* seraient pour l'esclavage. Après cette détermination des rôles, on nommait le *judex*, et puis la procédure suivait son cours.

Deductio pour les immeubles. Pour les immeubles, il y avait, dans l'origine, une autre formalité appelée la *deductio*. La loi des douze Tables ordonnait aux parties de se rendre avec le magistrat sur le fonds objet de la contestation. Là elles simulaient une lutte, *manuum consertio*; le préteur prononçait : *Mittite ambo*, et elles venaient devant le tribunal procéder au *sacramentum*.

Avec le temps, les préteurs ne se déplacèrent plus, les parties se provoquaient à aller faire la *consertio* : « Non *in jure* apud prætorem « manum consererent, sed *ex jure* manuum consertum vocarent... » On allait donc à l'endroit litigieux, et on en rapportait une glèbe sur laquelle on prononçait les formules de la revendication. On finit même par se dispenser de ce déplacement, on apportait par avance

la glèbe sacramentelle, et on simulait devant le magistrat toutes les formalités qui étaient observées dans l'ancien temps (1).

Telle était la procédure du *sacramentum*; mais déjà, avant la substitution du système formulaire au système des actions de la loi, on y avait dérogé de deux manières : 1° par les *sponsiones*; 2° par la *formula petitoria*.

La procédure *per sponsionem* est une imitation du *sacramentum*, déjà mentionnée par Cicéron, et pour laquelle les parties employaient la forme de la stipulation. Procédure *per sponsionem*.

§ 93. Per sponsionem hoc modo agimus : provocamus adversarium tali sponsione : SI HOMO QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES?

Voici comment nous agissons par *sponsio* : nous provoquons notre adversaire par l'interrogation suivante : Si l'homme dont il s'agit m'appartient suivant le droit quiritaire, promets-tu de me donner vingt-cinq sesterces? Gaius, C. IV.

Et alors la question qu'on examinait était celle de savoir si le promettant devait ou ne devait pas la somme stipulée. Du reste, dans les actions en revendication, ce n'était qu'une question préjudicielle, les sommes stipulées n'étaient jamais exigées; on raisonnait à peu près ainsi : de ce que Numerius Negidius doit les vingt-cinq sesterces stipulés, il en résulte qu'Aulus Agerius est propriétaire de la chose revendiquée. Du reste, on assurait la restitution en faisant donner une caution *pro præde litis et vindiciarum* (2). En matière personnelle, la *sponsio* était pénale, c'est ce que dit formellement Gaïus : il nous apprend que le préteur permettait de la faire du tiers de la somme réclamée pour la *certa pecunia*, et de la moitié pour le constitut (3). La *sponsio* était *præjudicialis* ou *pœnalis*.

L'utilité de la *sponsio*, en matière de revendication, consistait en ce que le possesseur restait défendeur, sans avoir à craindre, comme dans le *sacramentum*, que le magistrat lui enlevât la possession.

La *formula petitoria* avait été introduite par les préteurs, sans doute pour simplifier la procédure. Cicéron en fait mention dans son second discours contre Verrès, chap. XII, et il est probable qu'elle avait été créée déjà depuis longtemps. On posait directement au juge la question de propriété. « Lucius Octavius judex esto : *si* « *paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium Auli* « *Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restitueretur, quanti ea* « *res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio* « *condemna; si non paret, absolvito.* » C'est la formule qui a fini par dominer quand on abandonna le système des actions de la loi. Il est fort probable que, dans la plupart des cas, les plaideurs avaient le *Formula petitoria.*

(1) Cf. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, ch. XX, tit. X, et Cicéron, *pro Murena*, 12. Tout le monde connait la manière ironique dont l'orateur décrit ce qu'était devenue la procédure du *sacramentum*. — Add. Bonjean, t. I, p. 386. = (2) G. C. IV, § 94. = (3) G. C. IV, § 171.

droit de choisir entre les trois formes dont la revendication était susceptible, et d'employer, soit le *sacramentum*, soit la *sponsio*, soit enfin la *formula petitoria* (1).

B. *La judicis postulatio.*

La *judicis postulatio* est antérieure à la loi des douze Tables, mais on ne peut pas préciser l'époque de sa création.

Il ne faut pas oublier que l'action du *sacramentum* était générale, il en résulte donc que la *judicis postulatio* était applicable seulement aux cas spécialement désignés par la loi. Quant aux renseignements précis sur ce point, ils nous manquent complétement. Ce que nous trouvons dans Gaïus est très-vague; il dit, en parlant de la *condictio*, dans son Commentaire, 4, § 20 : « Quare autem hæc actio « desiderata sit, cum de eo quod nobis *dari oportet* potuerimus « sacramento aut per *judicis postulationem* agere, valde quæritur? » Pourquoi cette action était-elle nécessaire, puisque nous pouvions agir par le *sacramentum* ou la *judicis postulatio* lorsqu'une chose devait nous être donnée? C'est une question très-discutée. Il résulte bien de ce texte que la *judicis postulatio* s'appliquait aux relations personnelles, aux obligations de *dare*; mais faut-il restreindre à la *datio* la portée de cette action? personne ne l'a soutenu, mais on n'est pas d'accord pour déterminer son étendue. Tous les systèmes peuvent se ramener aux deux suivants.

A quoi s'applique la judicis postulatio. Systèmes proposés.

M. Bonjean pense que les parties pouvaient, en toute matière personnelle, agir par la *judicis postulatio* pour éviter la chance de perdre le *sacramentum*; c'était une procédure plus économique. Il admet également que, depuis la loi des douze Tables, certaines actions, comme les actions divisoires, étaient soumises à la *judicis postulatio* (2).

MM. Zimmern et Ortolan ne partagent pas cette opinion; ils croient que la *judicis postulatio* s'appliquait aux actions du genre de celles qu'on a plus tard appelées les actions de bonne foi, et surtout aux procès dans lesquels il fallait arriver à des règlements de comptes, car la rigueur du *sacramentum* ne se prêtait pas aux calculs à faire par les plaideurs ou par le juge. Ainsi quand il fallait contraindre un débiteur à *facere* ou à payer des dommages-intérêts; ainsi quand il y avait des obligations réciproques, comme dans la vente ou le louage; ainsi quand il fallait apurer les comptes de tutelle, etc. Dans ces diverses hypothèses, on nommait des *judices* ou *arbitri* (3) ayant les connaissances spéciales nécessaires pour arriver au résultat voulu par la justice.

(1) Cf. Zimmern, *Actions*, § 61 et 65. — (2) Cf. Bonjean, t. I, p. 390 à 394. — (3) La formule présentée au magistrat était : *Judicem arbitrumve postulo uti des.*

On s'est demandé si le *judex* devait être choisi, pour cette action, dans la caste patricienne, comme pour le *sacramentum*. Nous ne croyons pas qu'il y ait des raisons suffisantes pour admettre le contraire; l'influence patricienne et pontificale était encore trop énergique pour que les plébéiens eussent déjà pu enlever à l'aristocratie une de ses plus chères prérogatives (1).

Parmi les actions soumises à la *judicis postulatio*, on cite principalement : 1° *familiæ erciscundæ*; 2° *communi dividundo*; 3° *aquæ pluviæ arcendæ*; 4° l'*arbitrium* contre le possesseur intérimaire qui avait abusé des *vindiciæ*; 5° l'action *ad exhibendum*, etc.

C. *La condictio*.

Le doute sur le sens et la portée de la *condictio*, comme action de la loi, est aussi complet que pour la *judicis postulatio*.

Gaius, C. IV.

§ 18. Et hæc quidem actio proprie *condictio* vocabatur; nam actor adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die XXX adesset. Nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam, (*qua*) intendimus dare nobis oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

Cette action est appelée d'une manière spéciale la *condictio*, car le demandeur dénonçait à l'adversaire qu'il eût à se présenter le trentième jour pour recevoir un juge. Aujourd'hui nous appelons *condictio*, mais d'une manière peu correcte, l'action personnelle par laquelle nous prétendons qu'on doit nous donner une chose; car aujourd'hui nous ne faisons pas de dénonciation pour cela.

§ 19. Hæc autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam : lege quidem Silia certæ pecuniæ, lege vero Calpurnia de omni certa re.

Cette action de la loi a été établie par la loi Silia pour la *certa pecunia*, par la loi Calpurnia pour toutes les autres choses certaines.

On rapporte approximativement la loi Silia à l'an 510, et la loi Calpurnia à l'an 520 de Rome.

Déjà Gaïus se demandait à quoi bon la création de cette nouvelle action.

M. Bonjean renonce à expliquer cette partie de l'ancienne procédure; toutefois il penche à croire, avec M. Heffter, que la *condictio* était une action plus sommaire que les deux précédentes (2). Système sur l'emploi de la condictio.

Suivant Zimmern, la *condictio* aurait été imaginée pour permettre aux plaideurs d'éviter le danger du *sacramentum* dans tous les procès où il s'agissait d'une prestation certaine (3).

M. Ortolan ne croit pas qu'il y ait eu, dans la *condictio*, seulement un moyen d'éviter le *sacramentum*; il y voit le développement d'un système toujours en lutte avec l'ancienne action du *sacramentum*; déjà on en avait détaché les actions demandant des évaluations, des règlements de comptes; plus tard on crée la *condictio* pour lui

(1) Cf. Zimmern, § 42, et Ortolan, t. II, p. 1008. — (2) Bonjean, t. I, p. 391. — (3) Zimmern, § 43.

enlever les actions personnelles dans lesquelles *certum petitur*; c'est le moment où, suivant Gaïus : « legis actiones paulatim in odium « venerant, » et surtout le *sacramentum*. C'est, dit-il, qu'on en veut finir, en matière d'obligation, avec le *sacramentum*, avec cette consignation d'origine pontificale au profit du trésor public, et avec ses antiques formalités. Tout nous dit que les lois Silia et Calpurnia sont des avant-coureurs de la loi Æbutia (1).

Il ne resterait donc plus au *sacramentum* que les procès sur la propriété quiritaire, les questions d'État, la validité des testaments et le *damnum infectum* (2).

Le défendeur qui fait défaut est tenu pour *confessus*.

Si le défendeur ne se présentait pas au jour indiqué, il était tenu pour *confessus*, et on avait contre lui la *manus injectio pro judicato* (3).

En résumé, il y avait donc à la fin du système des actions de la loi cinq procédures diverses : 1° le *sacramentum* pour toutes les contestations en général, mais restreint ensuite aux questions touchant plus ou moins directement à la propriété quiritaire; 2° la *judicis postulatio* pour les procès demandant des évaluations; 3° la *condictio* pour toutes les dettes dont l'objet est certain, *aliquid certum*; 4° la *manus injectio*, mode d'exécution par saisie de la personne; 5° la *pignoris capio*, mode d'exécution par saisie des biens.

LIVRE DEUXIÈME.

DU SYSTÈME FORMULAIRE.

Quand et pourquoi on rédige la formule.

Nous avons vu, dans la période précédente, comment les contestations dans lesquelles figuraient les pérégrins avaient fait admettre une nouvelle forme de procédure, dont les résultats satisfaisaient à toutes les exigences de la pratique. Le *judex* ou les récupérateurs n'étaient plus liés par les paroles sacramentelles des actions de la loi, on leur soumettait seulement le fait, en leur demandant une solution dans laquelle l'équité jouait un grand rôle.

Cette nécessité de faire connaître la question au juge avait amené une innovation très-remarquable, la rédaction de la formule dans laquelle on résumait les questions diverses dont il fallait donner la solution; mais cette institution était inutile entre les citoyens quand ils employaient les actions de la loi, puisque, suivant la nature des prétentions, le *judex* pouvait reconnaître à l'instant même l'action portée devant lui.

Origine de la condamnation pecuniaire.

Une autre observation à faire, c'est que, dans les procès avec les pérégrins, où il ne peut pas être question de propriété *ex jure Qui-*

(1) Ortolan, t. II, p. 1013. — (2) G. C. IV, § 31. — (3) *Lex Galliæ Cisalpinæ*, § 21. Recueil de M. Blondeau, p. 79.

ritium, on ne peut pas employer davantage les modes d'exécution du droit civil, comme la *manus injectio*, ou la *pignoris capio ex lege* ou *ex moribus*. Les récupérateurs durent donc chercher un équivalent, et ils le trouvèrent dans un biais consistant à prononcer toujours une condamnation pécuniaire facile à réaliser, soit en vendant les biens du condamné, soit en poursuivant les cautions qui étaient probablement exigées, à l'exemple des *prædes litis et vindiciarum*. Ainsi, quand un pérégrin détient une chose revendiquée par un citoyen romain, le préteur donnera la *formula petitoria*, et le défendeur sera condamné *quanti ea res erit*. Or, il arriva un fait extrêmement curieux : quand on généralisa dans la pratique la procédure des pérégrins, on la prit tout entière, et avec sa condamnation purement pécuniaire, même pour les procès pendants entre des citoyens romains. Du reste, ceci ne dut faire aucune difficulté, car, pour les demandeurs qui préféraient reprendre la chose elle-même, il y avait autrefois le *sacramentum*, dont ils pouvaient toujours se servir, et plus tard, après l'abolition des actions de la loi, ils purent arriver au même résultat à l'aide des formules arbitraires et du *jussus cum manu militari*, moyen dont les préteurs ont dû certainement se servir longtemps avant la seconde période de la procédure romaine.

La substitution officielle du système formulaire aux actions de la loi fut opérée par la loi Æbutia (an 577 ou 583 de Rome), dont les dispositions reçurent leur complément par les deux lois Juliæ judiciariæ (1). Peut-être ces deux derniers monuments législatifs datent-ils du règne d'Auguste; cependant des auteurs pensent que l'une d'elles fut votée sur la présentation de Jules César (2). Ces lois firent entièrement disparaître la *judicis postulatio* et la *condictio*; le *sacramentum* lui-même devint de moins en moins fréquent, et on y substitua des formules prétoriennes, comme pour le *damnum infectum*, la *rei vindicatio*, etc. Lois Æbutia et Juliæ judiciariæ.

Ainsi, la différence entre le système des actions de la loi et le système formulaire ne consiste pas dans la division du procès en deux actes, *in jure* et *in judicio*, mais bien dans les caractères que voici : 1° abolition des paroles et des pantomimes sacramentelles employées dans la première période; 2° rédaction régulière d'une formule qui pourra comprendre, entre citoyens romains, des questions de droit civil comme des questions de fait; 3° la condamnation, qui est toujours pécuniaire, même quand il s'agit d'une question de propriété. En quoi le système formulaire diffère du système des actions de la loi.

§ 48. Omnium autem formularum quæ condemnationem habent, *ad pecu-*

Dans toutes les formules qui ont une condamnation, elle contient l'estima- Gaius, C. IV.

(1) G. C. IV, § 30. = (2) Cf. Warnkœnig, *Histoire du droit romain*, p. 281.

niariam æstimationem condemnatio concepta est : itaque, etsi corpus aliquod petamus, *velut* fundum, *mancipium*, vestem..... mutatum judex *non ipsam rem condemnat* eum cum quo actum est, sicut OLIM fieri solebat (*sed*), æstimata re pecuniam eum condemnat.	tion d'une somme d'argent; et même quand nous réclamons un corps certain, comme un fonds, un esclave, un vêtement..... le juge ne condamne pas le défendeur à la chose elle-même, comme cela avait lieu autrefois, mais bien à payer son estimation en argent.

Pouvoir d'accorder ou de refuser la formule.

Une dernière remarque importante, c'est que sous le système formulaire, le magistrat a un pouvoir à peu près absolu pour accorder et surtout pour refuser les formules. Peut-être est-ce là encore une différence entre les deux systèmes; mais ce qui est certain, c'est que les préteurs trouvèrent dans ce pouvoir le moyen le plus énergique pour modifier l'ancienne législation. Prenons un exemple : le fils émancipé n'est plus héritier d'après le droit civil, tout agnat, *etsi decimo gradu*, doit passer avant lui, et cependant l'équité repousse ce résultat; le préteur corrigera cette iniquité légale : d'un côté, en refusant la formule de la pétition d'hérédité à l'agnat, et de l'autre, en donnant au fils la *bonorum possessio unde liberi*.

TITRE PREMIER.

Tribunaux sous le système formulaire.

Sommaire.—1. *Tribunaux nouveaux sous les empereurs.*— 2. *Organisation de l'Italie.* — 3. *Des provinces.* — 4. *Listes des* judices, *du* judex pedaneus. — 5. *Principes de compétence sous le système formulaire.*

La période qui nous occupe a duré depuis la loi Æbutia jusqu'à l'abolition de l'*ordo judiciorum*, sous le règne de Dioclétien (an 284 après J.-C.). Pendant ce laps de temps, l'organisation politique a encore changé; l'empire a succédé à la république. Jusqu'à l'avénement d'Auguste, il n'y eut pas de modifications dans l'organisation judiciaire en elle-même: les consuls, les préteurs, les édiles, continuent à rendre la justice, mais quand le système politique changea, on vit surgir de nouvelles juridictions.

Juridiction de l'empereur.

De tous les magistrats le plus élevé, c'est l'empereur, qui statuait sur les contestations par ses *decreta*, tantôt directement, *de plano*, tantôt comme juge d'appel (1).

Quand l'empereur rendait la justice, il était assisté d'un conseil composé d'abord suivant certaines règles. Auguste y avait appelé les deux consuls, un magistrat de chaque grade, et quinze sénateurs tirés au sort, d'abord tous les six mois et ensuite tous les ans (2). Marcellus nous a conservé (Fragm. 3, au Dig., *de his quæ in testamento*, 28, 4) le récit d'un jugement rendu par Antonin le Pieux.

(1) F. 38, *de minorib.* D. 4, 4.—F. 22, *ad sc. Trebellianum.* D. 36, 1. = (2) Dans la suite, les empereurs organisèrent leur conseil comme bon leur semblait.

Il s'agissait de savoir si une hérédité dévolue au fisc devait être considérée comme acquise *ab intestat* ou à titre de *caducum*, car dans le premier cas, les legs étaient nuls, tandis qu'il fallait les acquitter dans le second. Nous ne connaissons pas, du reste, les principes suivant lesquels on portait devant l'empereur telle affaire plutôt que telle autre.

Après l'empereur, venaient les préfets du prétoire, dont la juridiction se forma peu à peu. Juridiction des préfets du prétoire.

Sous Auguste, les attributions de ces fonctionnaires étaient purement militaires; l'empereur avait nommé deux chevaliers chargés du commandement des cohortes prétoriennes qui veillaient à la sûreté de l'empereur.

On ignore comment ces chefs de troupes devinrent des magistrats de l'ordre judiciaire; peut-être les empereurs, qui cherchaient à s'attacher les soldats prétoriens par des largesses incessantes, voulurent-ils s'assurer des chefs en augmentant leurs attributions : quoi qu'il en soit, leur juridiction est définitivement établie au temps d'Alexandre Sévère, et leurs jugements, dont on pouvait d'abord appeler à l'empereur, devinrent souverains et ne purent plus être l'objet que d'une *supplicatio* adressée au prince (1). Les préfets du prétoire, choisis autrefois dans l'ordre des chevaliers, furent pris ensuite parmi les sénateurs. Il y avait tantôt un, deux ou trois préfets du prétoire.

Nous trouvons au Digeste des exemples de jugements rendus par les préfets du prétoire; entre autres, le Fragm. 40, *de rebus creditis*, Dig., 12, 1. « Lecta est in auditorio Æmilii Papiniani præfecti præ« torio. »

La juridiction de l'empereur et des préfets du prétoire dominait tout l'empire ; les autres tribunaux variaient suivant les localités, nous devons donc reprendre notre division tripartite : Rome, l'Italie et les provinces.

A. *Rome.*

Comme nous l'avons dit, il y a toujours à Rome le tribunal des consuls, des préteurs et des édiles; mais parmi les préteurs il y eut des juridictions nouvelles, par exemple, celle du préteur fidéicommissaire, qui jugeait tous les jours, et sans renvoyer devant les *judices*. Claude avait établi deux préteurs fidéicommissaires, Titus en supprima un (2).

Une autre création importante fut celle du préfet de la ville. Ce magistrat existait déjà sous la république; on le nommait tempo- Juridiction du préfet de la ville.

(1) F. 1, § 1, *de officio præf. præt.* D. 1, 11. = (2) G. C. II, § 278, 279. — F. 2, § 32, *de origine juris.* D. 1-2.

rairement, pour quatre jours, lorsque les autres magistrats de Rome allaient célébrer tous les ans les féries latines sur le mont Albin; Auguste en fit une fonction permanente. Le *præfectus urbi*, d'abord considéré comme le collègue du préteur, fut plus tard mis au-dessus de lui, car on en vint à appeler du préteur au préfet de la ville (1).

La juridiction du préfet de la ville était surtout criminelle; elle embrassait Rome et un espace de cent milles autour de la ville. M. Bonjean donne l'énumération suivante des cas dans lesquels il était compétent (2). 1° Les plaintes des esclaves contre leurs maîtres et réciproquement; 2° celles des patrons contre leurs affranchis; 3° les causes concernant les *argentarii*; 4° l'empereur Sévère leur avait confié le jugement des personnes accusées de faire partie des sociétés illicites; 5° ils punissaient les tuteurs et curateurs infidèles; 6° on portait devant eux l'appel des décisions rendues par les préteurs; 7° ils rendaient des interdits; 8° ils avaient le droit d'organiser un *judicium* (3). On appelait du préfet de la ville à l'empereur (4).

B. *L'Italie.*

Sous l'empire, la position de l'Italie change: les magistrats municipaux gardent, il est vrai, leur juridiction de première instance; les *duumviri* peuvent encore constituer un *judicium*, mais leur compétence est limitée en matière de prêt d'argent à la somme de quinze mille sesterces.

De plus, à l'époque d'Adrien, l'Italie est divisée en quatre parties, dont chacune est dirigée par un personnage consulaire. Sous Marc-Aurèle, ces chefs de la justice prirent le nom de *juridici* (5). Les préfectures ont disparu. Partout il y a des *duumviri* ou des *quatuorviri juridicundo*.

C. *Les provinces.*

Dans cette période, le nombre des cités ayant le *jus italicum* augmente; puis les provinces sont partagées entre l'empereur et le sénat représentant le peuple romain. A la tête des provinces stipendiaires il y a un *præses*, chef de la justice comme sous la république; dans les provinces tributaires, le *legatus Cæsaris* juge en qualité de représentant de l'empereur. Nous savons qu'avec le temps la division des provinces disparut, et que les empereurs s'attribuèrent le droit de nommer tous les gouverneurs sans aucune distinction.

(1) L. 17, Cod., *de appellat*, 7, 62. = (2) Bonjean, t. I, p. 139. — Add., F. 1, 2, 3. *de officio præf. urbi*. D. 1, 12. = (3) F. 12, § 1, *de judiciis*. D. 5, 1. = (4) F. 38, *de minorib*. D. 4-4. = (5) Pour la juridiction criminelle au delà de cent milles, V. *Collatio legum mosaicar.*, tit. XIII, ch. III, § 2.

Remarquons, en terminant, que l'Égypte était soumise à un régime particulier; son gouverneur était pris ordinairement parmi les chevaliers et portait le nom de *præfectus Augustalis*; Alexandrie formait un district à part, avec un magistrat appelé *juridicus Alexandrinæ civitatis*.

Telles sont les modifications apportées à la composition des tribunaux; les listes des *judices* avaient également subi des altérations que nous devons rapidement indiquer. Modification des listes de *judices*.

Jusqu'à l'époque des Gracques, les *judices* étaient exclusivement patriciens; en l'an 631 de Rome, Caïus Gracchus fit voter une loi qui donnait ces fonctions aux chevaliers. A partir de ce moment et jusqu'à la fin du septième siècle, la lutte s'engagea entre les deux ordres avec des chances qui variaient d'année en année (1). Enfin, en l'an 684, le consul Aurélius Cotta proposa une loi de transaction qui fut adoptée.

Il y eut alors trois décuries de *judices* : la première composée de patriciens; la seconde, de chevaliers, et la troisième, abolie depuis par Jules César, comprenait les tribuns du trésor. Antoine rétablit cette troisième décurie deux ans après la mort de César, et la composa de militaires retraités, sans égard au cens qu'ils payaient. Décuries nouvelles.

Auguste ajouta une quatrième décurie, composée de citoyens appelés *ducenarii*, soit parce qu'ils payaient deux cents deniers d'impôt, soit parce qu'ils avaient deux cents sesterces de fortune, soit enfin parce qu'ils recevaient un traitement de deux cents deniers; les trois opinions ont été soutenues (2). Caligula créa une cinquième décurie, et Galba refusa d'en établir une sixième. Le nombre des *judices* avait été ainsi successivement augmenté, de telle sorte qu'à l'époque d'Auguste, ils étaient mille, et du temps de Pline, il y en avait plusieurs milliers. *Ducenarii.*

On trouve dans les textes qui datent de l'empire, et déjà avant l'abolition de l'*ordo judiciorum*, la mention d'une institution qui a beaucoup exercé la sagacité des interprètes : il s'agit des juges pédanés, *judices pedanei*. Que faut-il entendre par cette expression (3)? Des auteurs ont voulu appliquer cette dénomination à tous les *judices* qui figuraient sur les listes publiées par les préteurs; d'autres donnent ce nom aux magistrats municipaux, etc. Sans entrer dans la discussion des divers systèmes présentés sur ce point, nous nous contenterons d'exposer brièvement notre avis. Des juges pédanés.

(1) En 647, loi Servilia, favorable aux patriciens; en 649, autre loi Servilia Glaucia, qui rend les *judicia* aux chevaliers; en 662, loi Livia, qui attribue également les jugements aux deux ordres, etc. — Cf. Bonjean, t. I, p. 171, note 2. — Zimmern, p. 26, note 3. — Beaufort, *République romaine*, t. I, p. 383. = (2) Suivant un quatrième avis, les *ducenarii* étaient ainsi nommés à cause du chiffre maximum des affaires dont ils pouvaient connaître. = (3) Cf. Zimmern, § 18 et 23. — Bonjean, t. I, p. 316.

Un premier point à constater, c'est que le fonctionnaire appelé *judex pedaneus* a une mission autre que celle du *judex* ordinaire, puisqu'on peut faire la *vocatio in jus* devant lui. Au titre *ne quis eum qui in jus vocabitur*, D. 2, 7, le jurisconsulte Ulpien s'exprime ainsi, Fragm. 3, § 1 : « Si quis ad *pedaneum judicem* vocatum quem « eximat, pœna ejus edicti cessabit. » Si quelqu'un entraîne par violence la personne appelée à comparaître devant le juge pédané, on n'appliquera pas la peine de l'édit. On a soutenu que ce texte était interpolé; mais rien ne justifie cette allégation. D'ailleurs, dans un autre passage, Ulpien déclare que celui qui a été condamné *calumniæ causa* ne peut pas venir postuler devant le *judex pedaneus*. Or postuler, c'est se présenter pour autrui *in jure*, devant le magistrat qui connaît le litige dès son origine, tandis que le *judex* ordinaire n'est saisi qu'après la rédaction de la formule (1).

Un second point également établi par les textes, c'est que le *judex pedaneus* est investi de ses fonctions par une délégation du magistrat. L'interprétation visigothe des Sentences de Paul porte : « Judi« ces pedanei, id est qui *ex delegatione* causas audiunt (2). » Au Code, Dioclétien dit : « Præsides.... antehac pedaneos judices da« bant. » Et dans une autre loi : « Placet ut judicibus insinues... ut « *delegata* sibi negotia lata sententia terminent (3). »

Enfin, il est constant qu'en principe, les *judices pedanei* ne jugeaient que des affaires peu importantes. Cela résulte d'abord du Fragment 3, § 1, *ne quis eum*, D. 2, 7. Puisque l'édit du préteur n'était pas appliqué à celui qui empêchait la *vocatio* devant le juge, il faut en conclure qu'il s'agissait d'affaires minimes. L'empereur Julien le dit du reste d'une manière explicite : « Ideoque pedaneos « judices, hoc est qui negotia *humiliora* disceptant, constituendi « præsidibus damus potestatem (4). » Nous donnons aux présidents le pouvoir d'établir des juges pédanés, c'est-à-dire des juges qui prononcent sur les affaires les moins importantes.

Il nous semble résulter de tous ces textes que le *judex pedaneus* était une personne chargée, en vertu d'une délégation permanente donnée par le gouverneur de la province, de prononcer sur les affaires d'une importance minime. On allait directement devant ce *judex* comme on va aujourd'hui devant nos juges de paix; il n'y avait pas besoin de commencer par demander *in jure* (5) la rédaction d'une formule.

Cette institution se justifie par des raisons incontestables d'utilité pratique. Nous savons que le gouverneur de chaque province tenait

(1) Cf. F. 1, § 2, 6, *de postulando*. D. 3, 1. = (2) Paul. Sent, liv. V, tit. 28. — F. 38, § 10, *de pœnis*. D. 48, 19. = (3) L. 2, 3, Cod., *de pedaneis judicibus*, 3, 3. = (4) L. 5, Cod., *de pedaneis judicibus*, 3, 3. = (5) Cf, L. 2, Cod., *de libertis*, 6, 7.

ses *conventus* seulement dans l'hiver, et dans des villes où il se rendait successivement. Or il devait se présenter une infinité de petites affaires qu'il était urgent de terminer, et qui n'avaient point cependant assez d'importance pour que les parties vinssent à la métropole faire organiser un *judicium*. On comprend donc que le *præses*, pour parer à cet inconvénient, ait usé de son pouvoir de délégation, et institué des juges permanents *ad humiliora negotia disceptanda*.

Cette considération nous servira aussi à expliquer le titre de *pedaneus* donné à ces juges : ils sont au pied de l'échelle judiciaire ; ils forment le degré le moins élevé de la hiérarchie ; c'est là ce qu'on a voulu indiquer par la dénomination qui leur est appliquée.

Quant aux personnes parmi lesquelles étaient pris les *judices pedanei*, nous pensons qu'elles devaient faire partie de la curie, du sénat municipal, qu'on retrouve, à l'époque de Paul et d'Ulpien, dans toutes les villes provinciales. Les Sentences de Paul, liv. V, tit. XXVIII, portent que les juges pédanés qui ont vendu la justice sont ainsi punis : « Aut *curia* submoventur, aut in exsilium mittuntur, « aut ad tempus relegantur. » Ou bien ils sont chassés de la curie, ou bien ils sont envoyés en exil, ou bien enfin on les relègue pour un temps. Ce texte suppose donc qu'ils font toujours partie de la *curia*, et on ne peut pas soutenir qu'il y a eu altération du texte par les rédacteurs du *Bréviaire* d'Alaric, car ce passage se retrouve textuellement au Digeste (1).

Pour en terminer avec les juges pédanés, nous dirons qu'après l'abolition de l'*ordo judiciorum*, ils avaient été organisés par une loi de Zénon, mentionnée dans la novelle LXXXII, mais sans que ses dispositions soient rapportées. Justinien choisit lui-même dans cette novelle les juges pédanés de Constantinople, et il les attache, soit au préfet du prétoire, soit au *magister sacrorum officiorum*. On voit, par les fonctions et les titres des personnes nommées, que l'empereur attachait une grande importance à cette institution : ce sont des avocats du fisc, d'anciens préfets de la ville, des gouverneurs de provinces, etc. Eux seuls peuvent être délégués par les magistrats ; ils doivent siéger tous les jours, et leur juridiction comprend toutes les affaires civiles, jusqu'à la somme de trois cents solides (2).

Dans les provinces, on appelait du juge pédané au gouverneur.

Sous le système formulaire, les règles de compétence sont plus compliquées que dans la période précédente. Compétence des tribunaux

Le principe est toujours qu'on doit aller plaider devant le domicile du défendeur : « Actor *rei* forum, *sive in rem*, *sive in personam* sit,

(1) F. 38, § 10, *de pœnis*. D. 48, 19. = (2) Novelle LXXXII, pr., ch. I, II, III, IV, V.

« actio sequitur (1). » Et ce *forum* sera quelquefois double; car on était quelquefois habitant d'une cité, *incola*, tout en ayant une autre patrie d'origine. Dans ce cas, on pouvait être assigné devant les magistrats de chacun de ces endroits (2).

Forum prorogatum.

En dehors du *forum* déterminé par le domicile, il y en avait d'autres qu'il est important de mentionner. En première ligne vient le *forum prorogatum*; on entendait par là le tribunal devant lequel les parties convenaient d'aller plaider, bien qu'il fût incompétent, soit à raison du domicile, soit à raison du montant des sommes dont il s'agissait; on discute pour savoir si le magistrat était obligé d'accepter cette prorogation. Les avis sont partagés sur ce point. Il nous semble qu'on doit, avec Zimmern, adopter la négative (3). 2° En matière de conventions, quand on n'avait pas dit le contraire, la jurisprudence en était venue à supposer que les parties avaient consenti à plaider là où elles avaient traité; c'est ce qu'on appelle dans les commentaires le *forum contractus*. On avait appliqué le même raisonnement quand le débiteur avait indiqué l'endroit où il entendait payer. « Contraxisse videtur unusquisque eo loco in quo ut sol- « veret se obligavit (4). » 3° Pour les obligations résultant des hérédités, on distinguait : s'il s'agissait des dettes de la succession, on poursuivait l'héritier là où l'on aurait pu poursuivre le défunt; pour les fidéicommis et les legs de quantité, le tribunal compétent était celui de l'endroit où se trouvait la plus grande partie des biens. On pouvait également agir au domicile de l'héritier. Quant aux legs de corps certains, on les demandait *ubi erant*, à moins qu'ils n'eussent été déplacés par le dol de l'héritier (5). 4° Quand il y a eu délit, on poursuit le coupable là où il a commis l'acte illicite, ou bien dans l'endroit où il est saisi (6). 5° Des auteurs pensent enfin que si un procès était déjà pendant, le magistrat saisi est compétent pour connaître des demandes reconventionnelles formées par le défendeur; c'est ce qu'ils appellent le *forum reconventionis*. Cette opinion, adoptée par MM. Bonjean et Étienne, est combattue par Zimmern, qui soutient, avec raison, que sous le système formulaire, la demande reconventionnelle ne peut jamais donner au magistrat une compétence qu'il n'a point par lui-même (7). Mais il en est autrement à l'époque de Justinien.

Forum contractus.

(1) F. Vatic., § 325-326. — Cf. Zimmern, p. 72. = (2) Arg. F. 29, *ad municipalem*. D. 50, 1. = (3) F. 1, 2, 74, § 1, *de judiciis et ubi*. D. 5, 1. = (4) F. 2, § 4. — F. 19, pr., § 2, 4. — F. 20, 45, *de judiciis*. D. 5, 1. — F. 21, *de obligat. et act*. D. 44, 7. = (5) F. 19, 30, 51, *de judiciis*. D. 5, 1. = (6) F. 24, § 1, *de judiciis*. D. 5. 1. — L. 1, Cod., *ubi de criminibus*, 3, 15. = (7) V. Bonjean, t. I, p. 363. — Zimmern, § 100, note 6,

TITRE II.

Divisions des actions et marche de la procédure sous le système formulaire.

CHAPITRE PREMIER.

DIVISIONS DES ACTIONS RÉSULTANT DE LA RÉDACTION DE LA FORMULE.

Sommaire. — 1. *Parties de la formule.* — 2. *Divisions des actions résultant de la rédaction de la formule. Actions* in rem, in personam, *mixtes*, in jus, in factum, *directes, utiles*, præjudicia. — 3. *Parties de la formule qu'on trouve dans chacune des actions.*

Nous avons déjà dit comment, dans la procédure ordinaire, le litige se divisait en deux parties, dont l'une avait lieu *in jure* devant le magistrat, pour obtenir la formule; l'autre *in judicio*, devant le juge qui prononçait la sentence.

La formule, dont nous avons trouvé l'origine dans la procédure des pérégrins, était composée de diverses parties.

Avant tout, elle contenait la désignation du juge ou des récupérateurs; ainsi : « *Seius judex esto,* » ou bien : « *Recuperatores* « *sunto* (1). » Parties de la formule.

Puis venaient les parties qui avaient un nom spécial.

§ 39. Partes autem formularum hæ sunt : demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio.

Les parties des formules sont : la *demonstratio*, l'*intentio*, l'*adjudicatio*, et la *condemnatio*. Gaius, C. IV.

§ 40. Demonstratio est ea pars formulæ quæ præcipue *illic* inseritur, ut demonstretur res de qua agitur, velut hæc pars formulæ : QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT. Item hæc : QUOD AULUS AGERIUS (APUD) NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT.

La *demonstratio* est la partie de la formule qui a surtout pour objet d'indiquer ce dont il s'agit, par exemple, dans le cas suivant : Parce qu'Aulus Agérius a vendu un esclave à Numérius Négidius; ou bien : Parce qu'Aulus Agérius a fait un dépôt chez Numérius Négidius. Demonstratio.

La *demonstratio* contient donc l'exposé du point de fait, l'indication de l'acte juridique sur lequel porte la contestation; c'est là aussi qu'on trouve le nom du contrat qui sert à nommer l'action.

§ 41. Intentio est ea pars formulæ qua actor desiderium suum concludit, velut hæc pars formulæ est : SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE. Item hæc : QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE (OPORTERE). Item hæc : SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE.

L'*intentio* est la partie de la formule dans laquelle le demandeur indique sa prétention; par exemple : S'il paraît que Numérius Négidius doive donner dix mille sesterces à Aulus Agérius. De même: Tout ce qu'il paraît que Numérius Négidius doit faire pour Aulus Agérius. De même: S'il paraît que l'esclave appartienne à Aulus Agérius suivant le droit romain. Intentio.

C'était dans l'*intentio* que se formulaient les prétentions des demandeurs; là ils se disaient créanciers ou propriétaires; aussi faut-il

(1) G. C. IV, § 34, 46.

remarquer dès à présent que toute action aura une *intentio*, bien que certaines formules ne contiennent ni la *demonstratio* ni la *condemnatio*.

Adjudicatio.

§ 42. Adjudicatio est ea pars formulæ qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare : velut si inter coheredes familiæ erciscundæ agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum; nam illic *ita est* : QUANTUM ADJUDICARI OPORTET JUDEX TITIO ADJUDICATO.

L'*adjudicatio* est la partie de la formule qui permet au juge d'adjuger une chose à l'un des plaideurs; par exemple, si des cohéritiers agissent par l'action *familiæ erciscundæ*, des associés par l'action *communi dividundo*, ou des voisins par l'action *finium regundorum*, elle est ainsi rédigée : Juge, adjuge à Titius tout ce qu'il faut lui adjuger.

Nous savons déjà comment dans les trois actions qu'on appelle divisoires l'adjudication sert à transférer la propriété.

Condemnatio.

§ 43. Condemnatio est ea pars formulæ qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur, velut hæc pars formulæ : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE. Item hæc : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUNTAXAT X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVITO. Item hæc : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM X MILLIA CONDEMNATO, et reliqua, ut non adjiciatur (SI NON PARET, ABSOLVITO).

La *condemnatio* est la partie de la formule dans laquelle le juge reçoit le pouvoir de condamner ou d'absoudre; ainsi : Juge, condamne Numérius Négidius à payer dix mille sesterces à Aulus Agérius; s'il ne te paraît pas les devoir, absous-le. De même : Juge, condamne Numérius Négidius jusqu'à concurrence de dix mille sesterces, sinon absous-le. Ou bien encore : Juge, condamne Numérius Négidius à payer dix mille sesterces, sans ajouter : s'il ne paraît pas les devoir, absous-le.

Præscriptio.

On trouvait aussi quelquefois en tête de la formule une cinquième partie appelée *præscriptio*, de *præscribere*, dans laquelle : 1° on limitait le procès à certains points : « Ea res agatur cujus dies « fuit (1); » 2° on avertissait le juge de ne pas étendre sa décision d'un cas à un autre : « Ea res agatur si modo præjudicium hereditati « non fiat (2); » 3° on subordonnait l'examen de la formule à la solution d'une question préliminaire, comme dans la *præscriptio longi temporis* (3).

La rédaction de la formule n'était pas toujours uniforme, même quand elle présentait les trois parties principales, la *demonstratio*, l'*intentio* et la *condemnatio*. La jurisprudence avait tiré des modalités de la rédaction une certaine quantité de divisions, dont nous allons examiner les caractères.

Rappelons d'abord la double source de la législation romaine, le droit civil et le droit honoraire; nous allons retrouver l'influence de ces deux systèmes en matière d'actions.

Instit., liv. IV, tit. VI.

§ 3. Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quæ

Mais les actions dont nous avons fait mention et celles qui peuvent leur res-

(1) G. C. IV, § 131. = (2) G, C. IV, § 133. = (3) V. t. I, p. 238.

sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet, tam in rem quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ecce plerumque ita permittit in rem agere, ut vel actor diceret, se quasi usu cepisse, quod usu non ceperit, vel ex diverso possessor diceret adversarium suum usu non cepisse, quod usu ceperit.

sembler viennent du droit civil. Mais il y en a d'autres, soit *in rem*, soit *in personam*, que le préteur a créées à l'aide de sa juridiction, ce qu'il faut établir par des exemples. Ainsi ordinairement il permet d'agir *in rem*, de telle sorte que le demandeur dit avoir usucapé, bien que cela ne soit pas vrai ; ou par contre, le possesseur prétend qu'il n'y a pas eu usucapion par l'adversaire, bien qu'elle ait été accomplie.

La première division est celle des actions *in rem* et *in rem personam*.

Au premier abord, et en consultant les textes, cette division ne semble pas découler de la rédaction de la formule; cela vient de ce que nous avons seulement la dernière expression d'un vocabulaire qui est resté fort longtemps incertain avant d'avoir une signification bien arrêtée. Encore à l'époque des jurisconsultes classiques, tous les auteurs ne semblent pas d'accord sur le sens à donner à ces mots. D'un côté, Papinien s'exprime ainsi dans son livre Ier des *Définitions* : « *Actio* in personam infertur; *petitio* in rem; *persecutio* in « rem, vel in personam rei persequendæ gratia (1). » L'action est dirigée contre la personne; la demande a pour objet une chose; la poursuite s'applique, soit à une chose, soit à une personne pour la contraindre à livrer un objet. Ulpien, sans repousser cette distinction, généralise le sens du mot action (2). Quant à Gaïus, sa manière de s'exprimer est tout à fait nette, et c'est celle qui a été adoptée, soit par les Institutes, soit par les jurisconsultes modernes. Il divise les actions en *actio in rem* et *actio in personam*, puis il en donne la définition. *Actions in rem et in personam.*

§ 2. In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus qui nobis vel ex contractu vel ex delicto *obligatus* est, id est, cum intendimus dare, facere, præstare oportere.

§ 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus *nostram* esse, aut jus aliquod *nobis competere*, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi vel altius tollendi vel prospiciendi.

L'action est *in personam* toutes les fois que nous agissons contre une personne liée vis-à-vis de nous par un contrat ou un délit, c'est-à-dire quand nous prétendons, dans notre *intentio*, qu'il faut donner, faire ou livrer. *Gaius, C. IV.*

L'action est *in rem* quand nous prétendons qu'une chose corporelle est à nous, ou que nous avons un droit déterminé, comme un usufruit, comme une servitude de passage, d'aqueduc, le droit d'élever au-dessus d'une certaine hauteur, ou le droit de prospect.

Aux Institutes, le § 1 du titre *de actionibus* reproduit identiquement les mêmes principes.

Toutefois, nous pensons que le sens donné dans ces textes, à la

(1) F. 28, *de oblig. et act*, D. 44, 7. — (2) F. 178, § 2, *de verbor signif.* D. 50, 16. — F. 37, *de oblig. et act.* D. 44, 7.

division qui nous occupe, n'est pas celui qu'on y attachait d'abord, et que c'était suivant la rédaction de l'*intentio* de la formule qu'on déclarait une action *in rem* ou *in personam*.

Dans le langage juridique des Romains, les mots *in rem* signifiaient quelque chose de général, considéré, abstraction faite de telle ou telle personne déterminée; ainsi, quand plusieurs débiteurs peuvent être poursuivis et que l'un d'eux fait un pacte *ne petatur*, applicable à tous les autres, on dit qu'il y a *pactum in rem* (1). « Et « in rem pacta omnibus prosunt; » ce qui signifie : Le pacte fait d'une manière générale profite à tous les débiteurs. Dans un autre cas, le jurisconsulte Ulpien, en s'occupant de l'action *quod metus causa*, qui a pour but de faire annuler les actes arrachés par la violence, s'exprime ainsi : « Animadvertendum autem, quod prætor « hoc edicto generaliter et in rem loquitur, nec adjicit a quo gestum « est (2). » Il faut remarquer que le préteur parle dans cet édit d'une manière générale, mentionnant seulement le fait, et il n'ajoute pas qu'il soit nécessaire d'indiquer l'auteur de la violence.

Dans le même sens Ulpien dit encore : « Operis novi nuntiatio *in* « *rem* fit, non in personam (5). » La dénonciation de nouvel œuvre se fait d'une manière générale, et non d'une manière relative.

Il faut donc bien comprendre que dans le cas du système formulaire, les mots *in rem* signifient, une locution générale.

Dès lors, quand on peut établir sa prétention sans avoir à nommer l'adversaire dans l'*intentio*, l'action est *in rem concepta*; lorsqu'il faut, au contraire, désigner précisément dans l'*intentio* la personne contre laquelle on dirige sa demande, l'action est *in personam concepta*. Peu importe la nature du droit réclamé. Maintenant, il faut bien le reconnaître, c'est le plus souvent dans les questions de propriété et de droits réels qu'on peut venir dire en justice : « Hanc « rem meam esse aio, » sans nommer le défendeur; au contraire, celui qui veut faire valoir un droit de créance doit nécessairement désigner la personne qu'il prétend être liée; il faut bien dire au juge : « Si paret *Numerium Negidium* decem dare oportere; » on ne comprendrait pas la formule *concepta in rem* : « Si paret dare « oportere. » Alors prenant pour règle générale ce qui était seulement l'application la plus fréquente, on a appelé actions *in rem* les actions à l'aide desquelles on fait valoir un droit de propriété sur une chose, et actions *in personam*, les procédures destinées à contraindre une personne déterminée à faire ou à donner, etc.

Toutefois l'ancienne phraséologie romaine se retrouve çà et là dans les textes du Digeste. Ainsi, Séius a contraint par violence une

(1) V. F. 21, § 5. — F. 27, *de pactis*. D. 2, 14. = (2) F. 9, § 1, *quod metus causa*. D. 4, 2. = (3) F. 10, *de operis novi*. D. 39, 1.

personne à promettre cent à Titius; le débiteur veut faire annuler ce contrat, et le créancier refuse. Il s'agit bien là d'un fait relatif. Dans nos idées modernes, l'action serait appelée personnelle, sans hésitation, et cependant Ulpien dit : « Cum autem hæc actio *in rem* « scripta sit (1). » De même pour les interdits dans lesquels il s'agit de forcer une personne déterminée à respecter la possession ou à la rendre, le même jurisconsulte écrit : « Omnia interdicta « licet *in rem* videantur concepta, vi tamen ipsa *personalia* « sunt (2). »

Aussi les commentateurs, pour adapter le droit romain à leurs idées modernes, ont-ils proposé de distinguer trois sortes d'actions : 1° les *actiones in rem,* pour les questions de propriété, et de ses démembrements; 2° les *actiones in personam,* pour les créances venant des contrats, des délits, etc.; 3° et enfin une classe d'*actiones personales in rem scriptæ*, classe comprenant des droits relatifs, mais exprimés dans la formule, d'une manière absolue.

Nous ne pensons pas qu'on doive adopter cette triple division, et pour résumer notre opinion nous dirons :

Il est fort probable que dans l'ancien droit romain, on n'avait pas eu l'idée de diviser les actions en deux classes, *in rem* et *in personam,* suivant la nature du droit à protéger; mais sous le système formulaire, lorsque les Romains commencèrent à se livrer à ces travaux d'analyse juridique dans lesquels ils ont plus tard excellé, on en vint à distinguer deux sortes de procédures, suivant la rédaction de l'*intentio.* Dans les unes, on s'exprimait d'une manière générale, *in rem;* dans les autres d'une manière relative, *in personam;* et quand on eut remarqué que le premier mode se présentait surtout pour la propriété, et le second pour les obligations, on prit l'habitude d'appliquer à un nouvel ordre d'idées le vocabulaire qui avait d'abord été créé pour un cas différent. Lorsque les formules disparurent, on eut toutes sortes de raisons pour persévérer dans cette voie, puisqu'il n'y avait plus d'*intentiones* rédigées dans un sens absolu ou dans un sens relatif. A l'époque des Institutes, il y a cependant encore une remarque à faire sur les termes employés par le législateur.

§ 15. Appellamus autem in rem quidem actiones *vindicationes;* in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, *condictiones. Condicere* enim est *denuntiare* prisca lingua : nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit, dari sibi oportere.

Nous donnons aux actions *in rem* le nom de *revendications*, et celui de *condictiones* aux actions personnelles, par lesquelles nous prétendons qu'on doit faire ou donner. *Condicere*, dans l'ancien langage, signifie faire une dénonciation ; aujourd'hui nous disons, d'une manière incorrecte, que la *con-* Instit., l. IV, tit. VI.

(1) F. 9, § 8, *quod metus causa.* D. 4, 2. = (2) F. 1, § 3, *de interdictis.* D. 43, 1.

Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

dictio est l'action *in personam*, par laquelle un demandeur soutient qu'on doit lui donner. Car aujourd'hui nous ne faisons pas de dénonciation.

Ce que comprennent les *condictiones*.

Gaïus avait déjà énoncé la même idée, et on a fait remarquer qu'il ne comprenait dans les *condictiones* que les obligations de *dare* et de *facere*, laissant en dehors tous les engagements désignés par le verbe *præstare*. C'est qu'au second siècle de l'ère chrétienne, le mot *condictio* avait un sens particulier, il s'appliquait uniquement aux actions venant des contrats du droit civil strict; tout ce qui était action *in factum*, action prétorienne, ou de bonne foi, ne pouvait pas être compris dans le nom de *condictio*. A l'époque de Justinien, cette délicatesse de langage n'existe plus, et on se sert du mot *condictio* pour indiquer toute espèce d'action ayant pour but de faire valoir un droit de créance quel qu'il soit. Cependant il faut encore établir une distinction importante entre les *condictiones*; les unes sont certaines, *condictio certi*, les autres sont incertaines, *condictio incerti*. La *condictio certi* ne comprenait que les obligations dans lesquelles il s'agissait de *dare* une chose ou une quantité déterminée. Toute obligation ayant pour but un *facere* ou un *præstare*, était une *condictio incerti*, puisque l'accomplissement est susceptible dans ces cas de prendre les aspects les plus divers. Ordinairement, on indique la *condictio incerti* par le nom du contrat ou de l'acte qui sert de base à la demande, c'est là ce que rappelle le *principium* du titre *de verborum obligatione*, aux Institutes : « Ex qua « duæ proficiscuntur actiones, tam *condictio* si *certa* sit stipulatio, « quam *ex stipulatu*, si *incerta*. » Ces distinctions avaient de l'importance pour la plus-pétition et pour la *sponsio* du tiers qu'on pouvait faire en plaidant sur une *certa pecunia* (1). Enfin, Ulpien établissait une différence de nom, même entre les *condictiones certi* : « Qui « certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur *si certum* « *petetur*; qui autem alias res per *triticariam* condictionem petet. » Celui qui réclame une somme d'argent certaine emploie l'action *si certum petetur*; quand on demande une chose d'une nature différente, on agit par la *condictio triticaria* (2). Et le texte ajoute qu'on fait rentrer dans cette dénomination toutes les choses, « sive « in pondere, sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive « soli. »

Condictio certi ou incerti.

Condictio triticaria.

Actions mixtes.

Aux actions *in rem* et *in personam* il faut rattacher une autre classification également fort célèbre, c'est la catégorie des actions mixtes, « tam in rem quam in personam. »

(1) G. C. IV, § 171. — (2) F. 1, *de condictione triticaria*. D. 12, 3. — V. l'appendice XIV de M. de Savigny sur les *condictiones*. — *Traité de droit romain*, t. V, p. 313.

§ 20. Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam. Qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate; item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, quæ inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono et æquo *adjudicare*, et, si unius pars prægravare videbitur, eum invicem certa pecunia alteri *condemnare*.

Certaines actions paraissent avoir un caractère mixte, et être tout à la fois *in rem* et *in personam*. Telle est l'action *familiæ erciscundæ*, donnée aux héritiers pour partager une hérédité; l'action *communi dividundo*, accordée à ceux qui veulent partager un objet commun; de même, l'action *finium regundorum*, pour ceux qui ont des champs limitrophes. Dans ces trois actions, il est permis au juge d'adjuger équitablement la chose à l'un des plaideurs, et si sa part semble trop forte, de le condamner à payer à l'autre une somme d'argent. Instit., l. IV, tit. VI.

Dans nos idées modernes, les mots *tam in rem quam in personam* sont inexplicables, en ce sens qu'une action ne peut pas être tout à la fois réelle et personnelle; on ne peut pas soutenir à l'occasion de la même chose qu'on est tout à la fois propriétaire et créancier. Sans doute, il arrive que, dans la revendication, par exemple, on se dise propriétaire de l'immeuble et créancier du détenteur pour l'obliger à restituer les fruits perçus, ou à payer des indemnités, mais ce sont deux ordres d'idées tout différents et s'appliquant à des choses distinctes; il y a deux procès réunis, mais ce n'est pas la même action. Ce qui le démontre, c'est l'issue diverse que peuvent avoir les prétentions du demandeur; le juge pourra reconnaître qu'il est propriétaire et lui refuser les fruits, parce que le possesseur était de bonne foi, ou bien parce qu'il peut apposer le *beneficium competentiæ*, etc. Du reste, il faut bien remarquer que dans les Institutes, le jurisconsulte ne dit pas : Il y a certaines actions réelles et personnelles à la fois, il pose seulement en principe qu'elles paraissent avoir ce double caractère. Quant au sens à donner à ces expressions, MM. Walter, Ducaurroy et Ortolan, pensent que le caractère mixte se trouve dans les pouvoirs attribués au juge pour les actions *familiæ erciscundæ, communi dividundo* et *finium regundorum*; les seules énumérées par notre paragraphe. Il peut, comme nous le savons, transférer à l'un des copropriétaires la propriété exclusive de tout ou partie de la chose commune; sous ce rapport, l'action est *in rem adjudicandam*; si l'une des parts est plus forte que celle des autres, l'*arbiter* peut condamner l'adjudicataire à payer une soulte à ses cohéritiers, alors l'action devient *in personam condemnandam*. Il y a donc tout à la fois création du droit réel et du droit personnel (1).

M. de Savigny propose une autre explication, qui nous paraît plus

(1) Ulpien, sous un autre point de vue, dit: *Mixtæ sunt actiones in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familæ erciscundæ, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi.* — F. 37, § 1, *de oblig. et act.* D. 44, 7.

conforme aux caractères du système formulaire et au mode de classification adopté pour distinguer les actions *in rem* des actions *in personam*. Après avoir constaté que c'est du caractère relatif, ou de l'impersonnalité de l'*intentio* qu'on a tiré cette division, il ajoute : « Par là s'explique aussi la dénomination de *mixtæ actiones*, donnée dans l'ancienne procédure par formules aux actions en partage. Leur formule était, en effet, plus compliquée que celle des autres actions. Elle avait une partie purement personnelle, fondée sur les obligations, avec *dare*, *facere*, *oportere*, *ex fide bona*, et une autre partie appelée *adjudicatio*, ainsi conçue : « Quantum adjudicari oportet, « judex, Titio adjudicato. » La forme de cette partie est impersonnelle, puisqu'on nomme seulement le demandeur, donc elle est *in rem*. »

Il est donc exact, sous ce point de vue, de dire que les trois actions divisoires sont mixtes, puisque par leur *intentio*, où il faut nommer les adversaires, elles sont *in personam*, et par leur *adjudicatio*, conçue d'une manière générale, elles sont *in rem* (1).

Actions *in jus* et *in factum*. Une troisième division résultant de la rédaction de la formule comprend les actions *in jus* et *in factum*.

On appelle *actio in jus* ou *civilis* celle qui a une formule avec une *intentio* dans laquelle on donne au juge une question de droit à examiner.

Gaius, C. IV. § 45. Sed eas quidem formulas in quibus de jure quæritur IN JUS conceptas vocamus quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dare oportere, aut pro fure damnum decidere oportere, in quibus juris civilis intentio est.

Les formules dans lesquelles on pose une question de droit sont appelées par nous actions *in jus*. Telles sont celles dans lesquelles nous soutenons qu'une chose est à nous d'après le droit romain, ou bien qu'il faut nous transférer une propriété, ou nous payer une indemnité à cause d'un vol ; dans tous ces cas, l'*intentio* est fondée sur le droit civil.

Lorsqu'il s'agit d'obligations, la formule *in jus* se reconnaît encore en ce qu'elle a trois parties : la *demonstratio*, l'*intentio* et la *condemnatio*.

Dans les actions *in factum*, le magistrat pose uniquement au *judex* la question de fait à examiner. Une fois ce point vérifié, il doit condamner ou absoudre, sans se préoccuper des éléments de droit qui peuvent se trouver mêlés à la question, le préteur est censé les avoir déjà examinés. Dans ce cas, la formule n'a jamais que deux parties : une *intentio concepta in factum* et la *condemnatio*.

§ 46. Cæteras vero in factum conceptas vocamus, idest, in quibus nulla talis intentionis conceptio est ; sed ini-

Nous appelons *in factum* les autres formules dans lesquelles on ne retrouve pas une *intentio* de cette nature ; mais,

(1) V. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. V, p. 97.

tio formulæ nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quæ judici damnandi absolvendive potestas datur; qualis est formula qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum prætoris in jus vocat; nam in ea ita est : RECUPERATORES SUNTO : SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO, CONTRA EDICTUM ILLIUS PRÆTORIS IN JUS VOCATUM ESSE, RECUPERATORES ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERCIUM X MILLIA CONDEMNANTO; SI NON PARET, ABSOLVUNTO. Cæteræ quoque formulæ quæ sub titulo de in jus vocando propositæ sunt, *in factum* conceptæ sunt : velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit, neque vindicem dederit, et denique innumerabiles ejusmodi aliæ formulæ in albo proponuntur.

après avoir indiqué au commencement de la formule le fait dont il s'agit, on ajoute les paroles qui donnent au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre; telle est la formule dont se sert le patron contre l'affranchi qui l'a appelé en justice sans observer l'édit du préteur. Voici comment elle est rédigée : Que... soient récupérateurs : s'il parait que tel patron ait été appelé en justice par tel affranchi, sans observer l'édit de tel préteur, que les récupérateurs condamnent cet affranchi à payer dix mille sesterces à ce patron ; s'il ne parait pas, qu'ils l'absolvent. Les autres formules placées dans l'édit sous le titre *de in jus vocando* sont rédigées *in factum;* par exemple, contre celui qui, sur la *vocatio in jus*, ne s'est pas présenté, et n'a point donné de *vindex;* il y a une quantité innombrable d'autres actions de cette nature proposées dans l'album.

L'origine des actions *in factum* se trouve dans la procédure avec les pérégrins; cette forme passa dans le nouveau système, parce qu'elle était fort souvent utile, même entre les citoyens, car les préteurs usaient presque toujours de ce moyen pour corriger ou pour aider le droit civil; en voici des exemples :

Origine des actions *in factum*. Cas où elles sont utiles.

1° Les fils de famille, n'ayant pas de patrimoine propre, ne pouvaient point agir en justice en leur nom. « Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet (1). » Or, comme cela pouvait avoir souvent des conséquences iniques, les préteurs leur donnaient des formules *in factum*; c'est ce que rappelle Ulpien : « In factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere (2). » On permettait donc ainsi à des personnes incapables suivant le droit civil d'agir comme si elles avaient la plénitude de la capacité. Ceci explique pourquoi certains actes, comme le commodat et le dépôt, avaient deux formules, l'une *in jus* et l'autre *in factum*. Gaïus nous en a conservé un spécimen dans ses Commentaires.

Elles permettent au fils de famille d'agir en justice.

Gaïus, C. IV

§ 47. Sed ex quibusdam causis prætor et *in jus* et *in factum* conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quæ ita concepta est : JUDEX ESTO; QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, — QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX BONA FIDE EJUS, — ID, JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO,

Il y a des cas pour lesquels le préteur propose tout à la fois une formule *in jus* et une formule *in factum*, par exemple, pour le dépôt et le commodat. Ainsi la formule suivante est rédigée *in jus* : « S..., sois juge; parce que Aulus Agérius a déposé chez Numérius Négidius une table d'argent, fait qu'il faut examiner, — tout ce qu'il faut que Numérius Négidius donne ou fasse à Aulus Agérius pour satis-

(1) F. 9, *de oblig. et act.* D. 44, 7. = (2) F. 13, *de oblig. et act.* D. 44, 7.

CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO, *in jus concepta est*. — At illa formula quæ ita concepta est : JUDEX ESTO; SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE, — QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO, *in factum* concepta est. Similes etiam commodati formulæ sunt.

faire à la bonne foi, — juge, condamne Numérius Négidius à le payer à Aulus Agérius; s'il ne te paraît pas, absous-le. » — Mais la formule que voici est rédigée *in factum* : « S..., sois juge; s'il te paraît qu'Aulus Agérius ait déposé une table d'argent chez Numérius Négidius, et que par dol il ne l'ait pas restituée à Aulus Agérius, — alors, juge, condamne Numérius Négidius à payer à Aulus Agérius une somme d'argent suffisante pour l'indemniser; s'il ne te paraît pas, absous-le. » Il y a des formules semblables pour le commodat.

Selon toutes les probabilités, Gaïus n'a entendu donner ici que des exemples, et on avait sans doute appliqué ce moyen à tous les cas où il était utile de permettre aux fils de famille d'agir en justice (1).

Elles enlèvent le caractère infamant de certaines actions.

2° A l'aide de la formule *in factum*, on enlevait à certaines actions leur caractère infamant, ce qui permettait alors de les diriger contre des personnes dont on devait toujours respecter la bonne renommée. Ainsi comme un affranchi ne pouvait pas intenter contre son patron l'action de dol, on lui donnait une action *in factum*; il en était de même pour les enfants vis-à-vis de leurs ascendants, etc. « Quibusdam personis non dabitur (actio de dolo), ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve cum sit famosa quid... ergo est? in horum persona dicendum est *in factum* verbis temperandam actionem dandam (2). » Cette action de dol n'est pas donnée à certaines personnes, par exemple, aux enfants contre leurs parents, aux affranchis contre leurs patrons, car elle est infamante... mais alors que décider? il faut donner contre ces personnes une action dont les termes seront rédigés en fait. La solution est la même pour tous les cas où l'action est peu honorable pour le défendeur ascendant ou patron; on se contente alors de poser la question en fait, sans caractériser l'acte, et on condamne la partie à payer une indemnité pécuniaire au demandeur (3).

Le préteur les emploie pour créer des actions nouvelles et des actions utiles.

3° La rédaction *in factum* servait aux préteurs, soit pour créer des actions, soit pour étendre des formules d'un cas prévu à un cas imprévu.

Presque toutes les actions créées par les préteurs étaient en effet rédigées *in factum* : ainsi l'action Servienne et quasi Servienne ou hypothécaire; ainsi l'action Paulienne, l'action du constitut, etc., etc. Le juge ayant simplement à constater si le fait existait ou n'existait

(1) F. 18, § 1, *de judiciis*. D. 5, 1. = (2) F. 11, § 1, *de dolo*. D. 4, 3. = (3) Cf. F. 5, 6, 7, *de obsequiis*. D. 37, 15.

pas appliquait la formule sans se préoccuper de son origine, puisqu'on ne le chargeait pas de voir si le droit existait *ex jure Quiritium.*

Enfin lorsque les préteurs voulaient étendre la portée d'une action déjà connue, ils le faisaient en rédigeant la formule *in factum*; or cette manière d'agir avait amené une nouvelle division qu'on indique en disant que les actions sont directes ou utiles. Actions directes et actions utiles.

On appelle action directe celle qui est appliquée au cas spécialement prévu par la loi, avec la réunion de toutes les conditions qu'exige le droit civil. Ainsi l'action de la loi Aquilia sera directe : 1° si elle est exercée par le *dominus ex jure Quiritium*; 2° si le dommage a été causé *corpori*; 3° s'il a été directement accompli *corpore*. En l'absence d'une de ces conditions, l'action directe n'est plus possible; alors le préteur donne l'action *in factum*, c'est-à-dire l'action utile (1).

Cependant les préteurs n'employaient pas exclusivement la rédaction *in factum* pour créer des actions utiles; quelquefois ils prenaient la formule civile elle-même en y ajoutant une fiction, par exemple, pour le *bonorum possessor* ou pour le *bonorum emptor*, il y alors action *utilis fictitia*. Actions fictices.

§ 34. Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis : velut cum is qui ex *edicto* bonorum possessionem petit, ficto se herede agit; cum enim prætorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet DIRECTAS actiones, et neque id quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, *neque id quod defuncto* debebatur, potest intendere dare sibi oportere. Itaque ficto se herede intendit, veluti *hoc modo* : JUDEX ESTO; SI AULUS AGERIUS, id est ipse actor, L. SEII HERES ESSET, TUM SI IS FUNDUS DE QUO AGITUR EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSET; vel si quid debebatur L. Seio, præposita simili fictione intentio ita subjicitur : TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEM MILLIA DARE OPORTERE.

Nous avons encore des fictions d'un autre genre dans certaines formules : ainsi, celui qui demande la possession de biens en vertu de l'édit agit en supposant qu'il est héritier; car, puisqu'il succède au défunt par application du droit prétorien et non du droit civil, il n'a pas les actions directes, il ne peut pas soutenir qu'il est propriétaire de ce qui appartenait au défunt, qu'il faut lui payer ce qui était dû au défunt. Alors il agit en supposant qu'il est héritier; par exemple, de la manière que voici : « Sois juge; si Aulus Agérius (c'est-à-dire le demandeur) était héritier de L. Séius, et que dans ce cas il fût propriétaire *ex jure Quiritium* du fonds dont il s'agit; » ou bien s'il était dû quelque chose à L. Séius, on rédigeait l'*intentio* en la faisant précéder d'une semblable fiction, et en ajoutant : « Alors, s'il te paraît que Numérius Négidius doive payer dix mille sesterces à Aulus Agérius. » Gaius, C. IV.

Pour le *bonorum emptor*, on supposait aussi qu'il était héritier du débiteur dont le patrimoine avait été vendu; cependant on employait quelquefois pour ce cas une formule particulière, l'*actio Rutiliana*, inventée par un préteur, Publius Rutilius. Action Rutilienne.

(1) V. F. 7, § 3, 6. — F. 9, pr., § 2-3. — F. 11, § 1, 10, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2.

§ 35. Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. Sed interdum et alio modo agere solet; nam ex persona ejus cujus bona emerit, sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius, huic condemnetur : quæ species actionis appellatur RUTILIANA, quia a prætore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis qua ficto se herede bonorum emptor agit SERVIANA vocatur.

De même, l'acheteur des biens agit en feignant d'être héritier. Mais quelquefois il agit d'une autre manière; car, en prenant l'*intentio* au nom de celui dont il a acheté les biens, il fait rédiger la *condemnatio* en son propre nom, de telle sorte que l'on condamne vis-à-vis de lui l'adversaire, à l'occasion des choses qui appartenaient ou qui étaient dues au débiteur failli. Cette action est appelée RUTILIENNE, parce qu'elle a été introduite par un préteur, Rutilius, qui a aussi, dit-on, introduit la vente des biens. L'autre action, dans laquelle on emploie la fiction d'hérédité, est appelée SERVIENNE [1].

Ainsi, en résumé, l'action utile est celle qui est donnée par extension d'un cas prévu à un cas non prévu; elle peut se présenter sous trois formes : ordinairement dans une formule *in factum*; quelquefois dans des formules auxquelles on ajoute une fiction, *actio utilis fictitia*; enfin pour le *bonorom emptor* elle peut devenir l'action Rutilienne.

Actions in factum præscriptis verbis.

Il faut rapprocher de la division des actions *in jus* et *in factum* l'explication d'une formule fort importante et connue sous le nom d'action *in factum civilis*, ou bien *in factum præscriptis verbis* (2). Nous avons déjà expliqué comment cette action a été introduite à l'occasion des conventions vulgairement appelées contrats innommés (3), et que les Romains indiquaient par les expressions : « Do « ut des, facio ut des, facio ut facias, etc. » La loi civile n'avait pas sanctionné l'exécution de ces pactes, l'équité voulait cependant que si l'une des parties avait exécuté, l'autre fût également contrainte à le faire. Pour arriver à ce résultat, l'école Sabinienne voulait faire rentrer la convention dans le contrat civil qui avait le plus d'analogie avec cet acte accompli; ainsi l'échange aurait donné lieu à l'action *empti venditi*, etc. Labéon, le chef de l'école des Proculéiens, proposa une formule générale, la formule *in factum civilis* ou *præscriptis verbis*. En effet, cette formule est civile en ce qu'elle a une *intentio* distincte de la *demonstratio*, et dans laquelle on pose au juge une question de droit; mais elle est *in factum* quant à la *demonstratio*, parce qu'au lieu de nommer simplement l'acte, il faut en faire l'exposé, il faut raconter le fait. On ne dira pas simplement : « Quod Aulus Agerius Numerio Negidio domum vendidit, « qua de re agitur, » il sera indispensable d'indiquer les divers termes

(1) Il ne faut pas confondre cette *Serviana actio* avec celle qui a été introduite pour assurer le payement du loyer des fermes. La similitude de nom vient de ce qu'elles ont été créées par deux préteurs appelés *Servius*. = (2) V. *supra*, p. 74 et 207. = (3) F. 4, § 2. — F. 5, § 2, 4, *de præscriptis verbis*, D. 19, 5.

de la convention. Cette formule, d'abord repoussée par les Sabiniens, devint ensuite, comme nous l'avons vu, d'un usage extrêmement fréquent.

La dernière division des actions résultant de la rédaction de la formule comprend ce qu'on appelait *præjudiciales actiones*. Præjudiciales actiones.

§ 13. Præjudiciales actiones *in rem* esse videntur, quales sunt, per quas quæritur an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit; cæteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

Les actions préjudicielles semblent être rédigées *in rem*, telles sont celles dans lesquelles on recherche si une personne est libre ou affranchie, ou bien quand il faut faire constater une filiation. De toutes ces actions, une seule, celle qui touche à la liberté, paraît avoir une origine civile ; les autres tirent leur force de la juridiction prétorienne. Instit., l. IV, tit. VI.

Le texte du paragraphe des Institutes se rapporte au système formulaire; les actions dont il s'agit étaient *conceptæ in rem*, parce que dans le procès on agitait la question d'une manière générale; quand on affirmait qu'une personne était libre, on n'ajoutait pas : vis-à-vis du défendeur, c'était un point sur lequel l'*assertor* « generaliter et in rem loquebatur. » On appelait ces actions préjudicielles, parce qu'elles portaient ordinairement sur des questions préliminaires dont la solution devait influer sur le sort d'un autre litige. Comme forme, elles avaient ceci de particulier, que leur formule ne contenait qu'une *intentio*.

§ 44. Non *tamen* istæ omnes partes simul inveniuntur, sed quædam inveniuntur, quædam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur sicut in *præjudicialibus* formulis : qualis est qua quæritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliæ complures.

On ne trouve pas toujours réunies toutes les parties de la formule; quelques-unes s'y rencontrent, d'autres ne s'y rencontrent pas. Quelquefois on trouve l'*intentio* seule; par exemple, dans les actions préjudicielles. Ainsi, quand on recherche si quelqu'un est affranchi, quel est le montant de la dot, et plusieurs autres. Gaius, c. IV.

Gaïus donne un exemple de *præjudicialis actio* qui peut servir à bien faire comprendre leur caractère; il dit : « Vel quanta dos sit, » quel est le montant de la dot. Il est indispensable, en effet, de commencer par résoudre cette question dans beaucoup de procès concernant la dot. Ainsi la femme qui a reçu une dot profectice est morte pendant le mariage, laissant trois enfants; le mari a donc le droit de retenir trois cinquièmes. Mais quelle somme forme cette fraction? C'est ce qu'on ne peut savoir qu'à l'aide de l'action préjudicielle *quanta dos sit*. De même, quand le mari doit faire des retenues *propter mores*, ou lorsqu'il doit rendre la dot *annua, bima, trima die*, il faut bien connaître la somme totale pour pouvoir faire les calculs partiels dont la loi pose les principes.

Parties de la formule qu'on trouve dans les diverses actions.

La remarque de Gaïus n'est pas, du reste, spéciale aux *præjudiciales actiones*, et nous allons indiquer, pour terminer ce chapitre,

les cas où les diverses parties de la formule figurent dans le procès, et avec quels caractères.

A. *La demonstratio.*

Dans les actions *in jus*, où il s'agit de *dare, facere, præstare*, on retrouve toujours la *demonstratio*, car il faut indiquer en vertu de quel acte on est créancier. Cependant M. de Savigny pense qu'on pouvait se dispenser de mettre la *demonstratio* dans les cas où il s'agissait d'un prêt d'argent, d'une stipulation ou d'une acceptilation; il conclut également des termes du § 55 de Gaïus, dans son quatrième Commentaire, que le demandeur pouvait indiquer la cause de sa créance dans l'*intentio* (1).

Il est bien certain qu'il n'y a pas de *demonstratio*, ni dans les actions *in factum* ni dans les *præjudicia*.

Quant aux actions *in rem*, portant sur la question de propriété, elles n'ont pas ordinairement de *demonstratio*. Il s'agit de prouver qu'on est propriétaire, sans avoir besoin d'indiquer l'acte juridique en vertu duquel on a acquis le *dominium*. Cela serait également vrai dans l'opinion des auteurs qui admettent la possibilité de revendiquer *adjecta causa*, puisque cette mention pouvait être faite dans l'*intentio*; c'est là, du reste, ce qu'on trouve dans la formule de l'action Publicienne, qui nous est donnée par Gaïus. « JUDEX ESTO; SI « QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT... EI TRADITUS EST, ANNO POSSE- « DISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM « ESSE OPORTERET, et reliqua (2). » C'est dans l'*intentio* que le jurisconsulte mentionne la tradition qui sert de base à la fiction d'usucapion.

B. *L'intentio.*

Comme elle contient la prétention du demandeur, on doit forcément la retourver dans toutes les formules; mais elle peut avoir des caractères divers. Tantôt elle sera *certa*, quand on demande une somme fixe ou un objet déterminé; tantôt elle sera *incerta*, lorsqu'on demande à l'adversaire de *dare* une quantité indéterminée, par exemple, autant de blé qu'il en faut pour nourrir mes esclaves pendant un mois; en voici un exemple donné par Gaïus : « Quidquid « ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet « ex bona fide ejus (3). »

Nous avons déjà dit que toutes les *intentiones* dans lesquelles il s'agissait de *facere* ou de *præstare* étaient incertaines. Cette distinction entre l'*intentio certa* et *incerta* est extrêmement importante pour la plus-pétition, dont nous parlerons bientôt.

(1) De Savigny. *Traité du droit romain*, t. V, pag. 390. = (2) G. C. IV, § 36. = (3) G. C. IV, § 47.

C. *La condemnatio.*

Elle existe dans toutes les formules autres que les actions préjudicielles; sous le système formulaire, elle est essentiellement pécuniaire.

§ 48. Omnium autem formularum quæ condemnationem habent, *ad pecuniariam* æstimationem condemnatio concepta est; itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, mancipium, vestem, mutatum, judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed æstimata re, pecuniam eum condemnat.

§ 49. Condemnatio autem vel certæ pecuniæ in formula ponitur, vel incertæ.

Dans toutes les formules où il y a une condamnation, elle est ramenée à une estimation pécuniaire; c'est pourquoi, lors même que nous demandons un corps quelconque, comme un fonds, un esclave, un vêtement, le juge ne condamne pas, comme autrefois, le défendeur à rendre la chose, mais bien à payer son estimation en argent. Gaius, C. IV.

Dans la formule, la condamnation contient, soit une somme certaine, soit une somme incertaine.

Ordinairement, le caractère de la *condemnatio* dépend de celui de l'*intentio*; quand celle-ci sera incertaine, la *condemnatio* le sera également. Toutefois, la proposition réciproque n'est pas toujours vraie; même quand l'*intentio* est certaine, la *condemnatio* pourra présenter des caractères d'incertitude bien marqués. Ainsi, quand on soutient *rem suam esse ex jure Quiritium*, le magistrat dira au juge de condamner *quanti ea res erit*; mais encore ici la liberté laissée au juge pourra être plus ou moins grande.

§ 51. Incertæ vero condemnatio pecuniæ duplicem significationem habet; est enim una cum aliqua præfinitione quæ vulgo dicitur cum taxatione, veluti si incertum aliquid petamus: nam illic *ima pars* formulæ ita *concipitur* : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUNTAXAT X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE. Diversa est quæ infinita est, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus vel ad exhibendum; nam illic ita est: QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVITO.

La condamnation peut être incertaine dans un double sens; elle peut d'abord être renfermée dans une limite appelée ordinairement *taxatio*; par exemple, quand nous demandons quelque chose d'incertain; car, alors, la formule est ainsi conçue : « Juge, condamne Numérius Négidius, envers Aulus Agérius, jusqu'à concurrence de dix mille; s'il ne te paraît pas devoir, absous-le. » Sous une autre point de vue, la condamnation peut être infinie; si, par exemple, nous réclamons notre chose possédée par un tiers, c'est-à-dire si nous intentons l'action en revendication ou *ad exhibendum*; car, alors, on dit : « Juge, condamne Numérius Négidius, envers Aulus Agérius, à une somme aussi considérable que cela devra être. »

Dans les actions *in personam*, il peut encore arriver que la condamnation soit incertaine, bien que l'*intentio* contienne un *certum*; ainsi dans le cas de la *deductio* : « Utique bonorum emptore agente, « qui, licet de *certa* pecunia agat, *incerti* tamen condemnationem « concipit (1). »

(1) G. C. IV, § 68.

Mais quand le juge a examiné l'affaire, il faut que sa sentence soit toujours certaine.

§ 52. Judex, si condemnat, *certam* pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit : debet autem judex attendere, ut cum certæ pecuniæ condemnatio posita sit, neque majoris, neque minoris summa petita condemnet; *alioquin litem suam facit*. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit : minoris autem damnare ei permissum est.

Si le juge condamne, il doit toujours condamner à une somme certaine, même quand elle ne serait pas déterminée dans la *condemnatio* de la formule. Le juge doit bien faire attention quand la condamnation contient une somme fixe à ne pas accorder au demandeur plus ou moins, car il ferait le procès sien. De même, s'il y a une *taxatio*, il ne faut pas condamner à plus, car autrement il ferait encore le procès sien; mais on lui permet de condamner à une somme moindre.

Il arrivait cependant quelquefois que le juge n'avait pas les éléments nécessaires pour faire l'estimation. Il se contentait alors de prononcer la condamnation, et les parties demandaient au magistrat de nommer des *arbitri*, dont la mission consistait à faire le calcul des sommes à payer.

D. *L'adjudicatio*.

Nous savons que l'*adjudicatio* est limitée aux trois actions : *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*.

E. *La præscriptio*.

Enfin la *præscriptio* pouvait se rencontrer dans toutes les actions *in jus* ou *in factum*, civiles ou prétoriennes; c'était un accident résultant des circonstances de la cause. Gaïus nous apprend que, dans certains cas, la *præscriptio* remplaçait la *demonstratio*.

Gaïus, C. IV. § 136. Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut præscriptio inserta sit formulæ loco demonstrationis, hoc modo : JUDEX ESTO; QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, CUJUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, et reliqua.

Nous devons également avertir que si nous agissons contre une personne qui nous a promis une somme indéterminée, on nous donne une formule dans laquelle la *præscriptio* remplace la *demonstratio*; par exemple : « Sois juge; comme Aulus Agérius a stipulé une somme indéterminée de Numérius Négidius, et que le terme est arrivé, tout ce que tu croiras que Numérius Négidius doive faire ou donner pour cela à Aulus Agérius, etc. »

Il faut remarquer qu'autrefois les *præscriptiones* avaient lieu, soit pour le demandeur, soit pour le défendeur; mais avec le temps, ce dernier dut employer à leur place les exceptions introduites par le droit prétorien (1).

(1) G. C. IV, § 133.

CHAPITRE II.

DIVISIONS DES ACTIONS REPOSANT SUR LEUR BUT, LEUR NATURE ET LES POUVOIRS ACCORDÉS AU JUGE.

Sommaire. — 1. *Actions* rei vel pœnæ persequendæ. — 2. *Actions au simple, au double, au triple et au quadruple.* — 3. *Actions de droit strict et de bonne foi.* — 4. *Actions arbitraires.*

Actions rei persequendæ pœnæ, persequendæ mixtæ.

Sous le point de vue de leur nature et du but auquel elles tendent, les actions se divisent en trois classes.

Instit., l. IV, tit. VI.

§ 16. Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.

§ 17. Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in personam sunt, hæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, *fere* omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur : veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam petit actor, item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto vendito, locato conducto. Plane, si depositi agetur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum herede ejus ex dolo ipsius agetur : quo casu mixta est actio.

Les actions se divisent en actions accordées pour réclamer une chose, actions qui ont pour but de faire prononcer une peine, et actions mixtes.

Toutes les actions *in rem* ont pour objet de réclamer une chose. Parmi les actions *in personam*, celles qui naissent des contrats ont presque toutes le même caractère ; ainsi, les actions du *mutuum*, de la stipulation, du commodat, du dépôt, du mandat, de la société, de la vente, du louage. Cependant, si on agit à l'occasion du dépôt fait dans le cas de tumulte, incendie, ruine, naufrage, le préteur donne une action au double si on poursuit le dépositaire lui-même ou son héritier, s'il a commis un dol ; dans ce cas, l'action est mixte.

Le mot *fere*, dont se sert le jurisconsulte à l'occasion des actions personnelles, fait allusion à des cas assez rares, où le demandeur obtient plus que la chose elle-même ; ainsi dans l'action rédhibitoire, qui est quelquefois au double (1).

§ 18. Ex maleficiis vero proditæ actiones aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt, aliæ tam pœnæ, quam rei persequendæ, et ob id *mixtæ* sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti : sive enim manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti dupli, de sola pœna agitur : nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet ; eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.

A la suite des actes illicites, il y a des actions dont les unes sont purement pénales, et les autres tout à la fois persécutoires de la peine et de la chose, aussi dit-on qu'elles sont mixtes. Dans l'action de vol, on poursuit seulement la peine, peu importe qu'on agisse au quadruple pour le vol manifeste ou au double pour le vol non manifeste ; car, pour la chose elle-même, on a une action particulière, on la revendique, soit contre le voleur, soit contre tout détenteur ; contre le voleur, on a en outre la *condictio* de la chose.

Nous avons expliqué, en traitant du vol, l'utilité qu'il y avait à pouvoir intenter, soit la *rei vindicatio*, soit la *condictio furtiva*.

(1) F. 45, *de ædilitio edicto*. D. 21, 1.

§ 19. Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplum rei persecutio continetur, pœna autem tripli est. Sed ex legis Aquiliæ actio de damno mixta est, non solum, si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit. Veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit : tanti enim damnatur, quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos qui relicta sacrosanctis ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint usque adeo, ut etiam in judicium vocarentur : tunc etenim et ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, et aliud tantum pro pœna, et ideo in duplum ejus fit condemnatio.

L'action des biens enlevés par violence est mixte, parce que dans la poursuite au quadruple il y a la valeur de la chose, et la peine est au triple. L'action de la loi Aquilia est également mixte, non-seulement lorsqu'elle croît au double contre celui qui nie, mais encore souvent lorsqu'on agit au simple. Par exemple, si on tue un esclave boiteux ou borgne, qui, dans le courant de l'année, était entier et avait une grande valeur, on est condamné, comme nous le savons, à payer son plus haut prix. De même est mixte l'action dirigée contre ceux qui ont retardé jusqu'à l'ajournement en justice, de payer les legs et les fidéicommis laissés, soit aux églises, soit aux autres lieux vénérables; car, alors, ils doivent payer non-seulement la chose ou la somme laissée, mais encore une fois autant à titre de peine; donc, la condamnation est aux double.

Les actions pénales ne passent pas contre les héritiers.

L'intérêt de la division qui nous occupe était fort grand en pratique; il se trouvait dans la possibilité ou l'impossibilité de poursuivre les héritiers du débiteur.

Instit., l. IV, tit. XII.

§ 1. Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut a prætore dantur, et in heredem æque competunt, aut dari solent. *Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem non competere*, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur, excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, cum testator *dolose* versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenerit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint *contestatæ*, et heredibus dantur, et contra heredes transeunt.

Toutes les actions qu'on a contre une personne d'après le droit civil ou le droit prétorien ne passent pas également contre ses héritiers. Il y a, en effet, un principe incontestable en droit, c'est que les actions pénales ne passent pas contre les héritiers; ainsi l'action de vol, des biens enlevés par violence, des injures, de la loi Aquilia. Mais ces actions compètent très-bien aux héritiers des créanciers, à l'exception de l'action d'injure et de celles qui pourraient lui ressembler. Quelquefois l'action venant même d'un contrat n'est pas donnée contre l'héritier; par exemple, quand le testateur a commis un dol, sans que l'héritier en ait aucunement profité. Les actions pénales dont nous venons de parler passent aux héritiers, et contre eux, s'il y a eu *litis contestatio* entre les principaux intéressés.

La règle posée dans ce paragraphe est facile à comprendre. En principe, toutes les actions naissant *ex contractu* ou *quasi ex contractu* sont transmises aux héritiers ou contre les héritiers, soit du créancier, soit du débiteur. Nous avons cependant signalé quelques exceptions à cette règle. Ainsi, 1° la *querela inofficiosi testamenti* ne passe aux héritiers de l'enfant exhérédé qu'autant qu'il y a eu *litis*

instauratio (1); 2° la femme divorcée ne transmet l'action *rei uxoriæ* à ses successeurs que si elle a mis le mari en demeure (2); 3° l'action résultant de la *sponsio* et de la *fidepromissio* s'éteignait avec les auteurs de la promesse (3).

Erreur dans le texte pour le dol.

Il y a cependant quelque chose dans le texte des Institutes qui paraît contraire à la généralité de ce principe. Il semble que l'action en indemnité résultant du dol d'un testateur ne passe pas contre ses héritiers; mais c'est une erreur que les rédacteurs ont commise en voulant remplacer par une autre proposition ce que Gaïus disait des *sponsores*, dans le § 113 de son quatrième Commentaire. Voici la véritable règle posée par Ulpien : « In contractibus, successores *ex dolo* eorum quibus successerunt, non tantum in id quod « pervenit, verum etiam *in solidum* tenentur, id est unusquisque « pro ea parte qua heres est (4). » Dans les contrats, les héritiers de ceux qui ont commis un dol en sont responsables, non pas seulement pour ce qui leur est parvenu, mais bien pour le tout, c'est-à-dire chacun proportionnément à ce qu'il prend dans la succession. Le seul sens qu'on puisse donner aux Institutes, c'est que les héritiers, tout en étant tenus pécuniairement du dol de leur auteur, n'ont pas à craindre d'être notés d'infamie pour cet acte.

En matière d'actions pénales, celui qui a souffert du délit transmet son droit à ses héritiers, si ce n'est pour le cas d'injure, dans lequel on considère le silence gardé jusqu'à la mort comme une *dissimulatio*, c'est-à-dire une renonciation à la poursuite (5).

Dans tous les cas, si les héritiers de l'auteur du délit ne sont pas tenus criminellement, ils doivent toutefois rendre ce qu'ils ont acquis à la suite de l'acte illicite. « Nam est constitutum turpia « lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguan- « tur (6). » Il est établi qu'on doit enlever aux héritiers les bénéfices venant d'actes illicites, bien que les poursuites criminelles soient éteintes.

La fin du paragraphe rappelle qu'il y a exception à ce principe quand les parties ont commencé le procès. C'est là un des effets de la *litis contestatio*, dont nous aurons bientôt à nous occuper. Dioclétien et Maximien résument les deux règles dans la constitution suivante : « Post *litis contestationem*, eo qui vim fecit, vel concus- « sionem intulit, vel aliquid deliquit, defuncto, successores ejus « *in solidum* alioquin in quantum ad eos pervenit conveniri juris

(1) F. 6, § 2. — F. 8, *de inofficioso*. D. 5, 2. = (2) Ulp. Reg., tit. VI, § 7. = (3) G. C. III, § 120. = (4) F. 157, § 2. — F. 152, § 3, *de regulis juris*. D. 50, 17. — F. 49, *de oblig. et act.* D. 44, 7. = (5) F. 13, *de injuriis*. D. 47, 10. = (6) F. 5, *de calumniatorib*. D. 3. 6. — F. 35, *de oblig. et act.* D. 44, 7. — F. 4, § 2, *de incendio ruina*. D. 47, 9.

« absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur (1). » Si celui qui s'est rendu coupable de violence, de concussion ou de tout autre délit, meurt après la *litis contestatio*, ses héritiers sont tenus pour le tout; autrement il est conforme aux règles du droit qu'ils soient tenus jusqu'à concurrence de ce qui leur est parvenu, pour éviter qu'ils ne s'enrichissent par le crime d'autrui.

Actions au simple, au double, etc. Une autre division très-facile à comprendre reposait sur le chiffre des condamnations prononcées contre les coupables.

Instit., l. IV, tit. VI. § 21. Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum; ulterius autem nulla actio extenditur.

Toutes les actions sont au simple, au double, au triple ou au quadruple; jamais elles ne montent au delà.

§ 22. In *simplum* agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto vendito, locato conducto, mandato, et denique ex aliis compluribus causis.

On agit au simple, par exemple, dans le cas de stipulation, de *mutuum*, de la vente, du louage, du mandat, et enfin, dans bien d'autres cas.

§ 23. In *duplum* agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit : in qua actione etiam earum rerum, quas fugiendo servus abstulit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.

Nous agissons au double, par exemple, dans le cas de vol non manifeste, de la loi Aquilia, et pour le dépôt dans certains cas. Il en est de même pour l'action *servi corrupti*, donnée contre celui qui, par ses conseils, a amené l'esclave d'autrui à fuir ou à se révolter contre son maître; ou à se livrer à l'inconduite, on à faire tout autre acte qui diminue sa valeur; dans cette action, on estime même les choses que l'esclave a soustraites en fuyant. Il en est de même, comme nous l'avons dit plus haut, pour le legs fait aux lieux saints.

§ 24. *Tripli* vero, cum quidam majorem veræ æstimationis quantitatem in libello conventionis inseruit, ut ex hac causa viatores, id est executores litium, ampliorem summam sportularum nomine exegerint : tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuit reus, in triplum ab actore consequetur, ut in hoc triplo et simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio induxit, quæ in nostro codice fulget, ex qua dubio procul est, ex lege condictiliam emanare.

On agit au triple quand un demandeur exagère ce qui lui est réellement dû, dans son acte d'attaque, afin que les *viatores*, c'est-à-dire les exécuteurs des sentences, reçoivent un salaire plus considérable; car, alors, le défendeur doit être indemnisé au triple par le demandeur du dommage qu'il a éprouvé; dans ce triple se trouve compris le dommage lui-même. Ceci a été établi dans notre code par la constitution qui a créé une condiction légale.

Il s'agit des *sportulæ* dues aux huissiers sous le système des *judicia extraordinaria*. Dans le système formulaire, il y avait seulement deux actions au triple, l'action *furti oblati* et l'action *furti concepti* (Gaïus, C. III, § 191.)

§ 25. *Quadrupli*, veluti furti manifesti, item de eo, quod metus causa fac-

L'action est au quadruple dans le cas de vol manifeste, dans l'action *de co*

(1) L. 1, Cod, *ex delictis defunctorum*, 4, 17.—F. 26, *de oblig. et act.* D. 44, 7.—F. 139, *de regulis juris.* D. 50, 17.

tum sit, deque ea pecunia quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret, item ex lege condicticia, a nostra constitutione oritur, in quadruplum condemnationem imponens his executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam a reis quicquam exegerint.

quod metus causa, et pour l'argent donné à uno personne pour intenter contre une autre un procès calomnieux, ou bien pour renoncer à le faire; telle est aussi la *condictio* au quadruple établie par notre constitution contre les huissiers qui se font payer par les défendeurs plus que le tarif ne le permet.

Il faut remarquer l'action au quadruple, donnée dans le cas de calomnie. Le texte du paragraphe fait allusion à deux circonstances: il suppose d'abord un tiers qui paye une personne pour faire à quelqu'un un procès calomnieux; puis, dans la seconde hypothèse, c'est le calomniateur lui-même qui menace de commencer la poursuite, si on ne lui paye une somme d'argent. Cette action n'était au quadruple que pendant un an (1).

Le paragraphe suivant nous présente une variété des actions qui sont au delà du simple. On dit qu'elles croissent au double par le seul fait de la négation du défendeur: *Adversus inficiantem crescunt in duplum*. *Actions quæ adversus inficiantem crescunt in duplum.*

§ 26. Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi corrupti a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt; at illæ, id est damni injuriæ ex lege Aquilia et interdum depositi *inficiatione* duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur; sed illa, quæ de his competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed et, si distulerit relicti solutionem, usque quo jussu magistratuum nostrorum conveniatur, in confitentem vero, et ante, quam jussu magistratuum conveniatur solventem, simpli redditur.

L'action du vol non manifeste et l'action *servi corrupti* diffèrent de celles dont nous avons parlé en ce qu'elles sont toujours au double; mais les autres, comme l'action de la loi Aquilia, et quelquefois celle du dépôt, sont doublées quand il y a négation; au contraire, elles sont données au simple contre celui qui avoue; quant à l'action donnée pour les legs faits aux lieux saints, elle est doublée, non-seulement par la négation, mais encore par le simple retard continué jusqu'au moment où l'on est poursuivi par ordre du magistrat; mais elle est au simple contre celui qui avoue et qui paye avant toute poursuite.

Le texte des Institutes cite seulement le cas de la loi Aquilia et du *depositum miserabile*; il faut y ajouter les exemples suivants: 1° l'action *judicati*; 2° le legs *per damnationem*; 3° l'action *depensi* donnée au *sponsor* non remboursé; 4° la poursuite contre le vendeur qui a trompé l'acheteur sur la contenance du champ; 5° le débiteur condamné après avoir commencé par nier son écriture (2).

Nous arrivons maintenant à certaines divisions des actions, fondées sur les pouvoirs du juge chargé de statuer; elles comprennent: 1° les *Actions de bonne foi, de droit strict et arbitraires.*

= (1) F. 4, pr. § 1. — F. 5, *de calumniatorib.* D. 3, 6. = (2) G. C. II, § 282. — C. IV, § 9, 171. — Paul. Sent., liv. I, tit. XIX, § 1. — Novelle XVIII, ch. VIII. — Cicéron, *de Officiis*, liv. III, ch. XVI, dit qu'il y avait condamnation au double contre celui qui niait une obligation née à la suite de la mancipation.

actions *stricti juris*; 2° les actions *bonæ fidei*; 3° les actions arbitraires. Ce sont trois classes tout à fait distinctes, et qu'il faut bien se garder de confondre.

Actions libres et rigoureuses.

On aurait tort surtout de considérer ces divisions comme embrassant tous les genres d'actions; cela a été soutenu, mais nous croyons cette opinion erronée; nous préférons nous rattacher à l'avis de M. de Savigny, qui fait rentrer toutes les actions sous le système formulaire dans une double classification : 1° les actions rigoureuses; 2° les actions libres. Dans les premières, le *judex* avait une mission explicitement déterminée par la formule, et dont il ne pouvait aucunement s'écarter. Dans les secondes, on laissait une plus grande latitude au juge, mais cela ne veut pas dire qu'elles fussent toutes de bonne foi.

Cette distinction des actions libres et rigoureuses est indiquée par Cicéron, qui les désigne par les mots *judicia* et *arbitria* (1) : « Quid « est in judicio? directum, asperum, simplex. Quid est in arbitrio? « mite, moderatum. »

Sénèque répète à peu près les mêmes idées, dans son traité *de Beneficiis* (liv. III, ch. VII), en disant que, dans les *judicia*, le *judex* était spécialement lié par la formule. Il ajoute que pour cette classe de procès le juge était nécessairement pris sur l'album, dans les décuries officiellement désignées, tandis que dans les *arbitria* on pouvait choisir parmi tous les citoyens.

Dans les monuments qui nous restent, cette division des actions libres et rigoureuses n'est plus mise en relief que par la division des actions de droit strict et de bonne foi; car, par un travail de jurisprudence très-curieux, on a cherché à tout rattacher à cette classification, du moins en ce qui touche les effets produits par les diverses actions.

Actions qui ne sont ni *bonæ fidei*, ni *stricti juris*.

Ainsi que nous l'avons énoncé, les actions de bonne foi et de droit strict n'embrassent pas toutes les procédures; loin de là, elles ne comprennent que les actions réunissant les caractères que voici :

1° Il faut que les actions soient *in personam*, venant *ex contractu* ou *quasi ex contractu*; 2° qu'elles aient leur origine dans le droit civil; 3° que la formule soit *concepta in jus*.

Il faut donc mettre en dehors de ces dénominations :

A. *Les actions in rem.* Ceci est explicitement établi par Marcien, dans le texte suivant : « In actionibus *in rem*, et ad exhibendum, et « *in bonæ fidei* judiciis in litem juratur (2). » Les actions *in rem* ne sont donc pas de bonne foi, puisqu'on les oppose à cette classe de

(1) Cicéron, *pro Roscio*, c. IV. = (2) F. 5, pr., *de in litem jurando*. D. 12, 3.

procès; elles ne sont pas non plus *stricti juris*, car dans le paragraphe 4 du même texte, le jurisconsulte ajoute : « Interdum et in « *actione stricti* judicii in litem juratur. » Si on ne défère le serment que rarement dans les actions de droit strict, il faut donc les séparer de l'action *in rem*, dans laquelle le *jusjurandum* est toujours admis.

B. *Les actions in factum*, car elles viennent toutes de la juridiction prétorienne, qui prend pour point de départ l'équité. Nous en trouvons une démonstration remarquable dans Gaïus (Com. IV, § 47). Le jurisconsulte donne deux formules du dépôt; la première, *in jus concepta*, contient dans son *intentio* une des phrases qui servent à désigner les actions de bonne foi, *ex bona ejus*, la seconde, *concepta in factum*, est simplement rédigée : « Quanti ca res erit, tantam « pecuniam, judex, condemna. » L'absence des mots *ex bona fide* démontre que les actions prétoriennes, tout en s'appuyant sur l'équité, ne rentraient pas dans la catégorie appelée *actiones bonæ fidei*, et il est évident, d'un autre côté, qu'elles n'étaient pas *stricti juris*.

C. *Les cognitiones extraordinariæ* étaient encore en dehors de la division ; car le magistrat jugeant lui-même n'était pas lié par la formule. Il est évident que, dans ce cas, l'action était libre, et non pas rigoureuse.

Ce qui démontre enfin que les actions de droit strict ne comprenaient que des actions *in personam*, c'est que les textes contiennent rarement cette expression. On emploie pour les désigner le mot générique *condictio*, qui embrasse ces trois faits : *datum*, *expensilatum*, *stipulatum*.

Datum, c'est la prestation d'une somme d'argent, le *mutuum* avec ses dérivés, comme la *condictio indebiti*, la *condictio causa data, causa non secuta*, la *condictio ob turpem causam*. Expensilatum, c'est l'obligation littérale. Stipulatum, c'est le contrat verbal.

Mais dans la pratique, et par analogie, on avait ramené toutes les actions à la division *stricti juris* et *bonæ fidei*. Ainsi tous les délits étaient jugés comme actions de droit strict; ce n'était pas l'occasion d'apporter des adoucissements aux rigueurs du droit civil; au contraire, tout ce qui touchait aux actions *in rem*, et aux actions personnelles autres que les *condictiones* prévues par la loi, avait pris un caractère *mite*, qui rapprochait la procédure, dans une certaine limite, des actions de bonne foi.

La jurisprudence tend à tout ramener aux actions de droit strict et de bonne foi.

On peut résumer le travail de pratique fait par la jurisprudence en disant : Dès l'origine du système formulaire, les actions civiles et personnelles ont été divisées en action *bonæ fidei* et *stricti juris*.

Les efforts constants de la jurisprudence ont eu pour but de ramener tous les procès à ces deux classes, mais en faisant dominer le caractère des actions libres. Cette tendance a été jusqu'au point de permettre d'enlever aux actions *stricti juris* leurs effets rigoureux, en ajoutant simplement à la stipulation le mot *recte*. Ulpien le constate, au titre *de verborum significationibus* : « Hæc verba in stipulatione posita : eam rem RECTE restitui, fructus continent; *recte* « enim verbum pro *viri boni arbitrio* est (1). » Quand on met dans une stipulation ces paroles : cette chose sera restituée conformément à l'équité, la clause entraîne l'obligation de rendre les fruits; car le mot *recte* doit être interprété suivant le jugement d'un homme de bien.

Quoi qu'il en soit, l'action *bonæ fidei* différait sous plusieurs points de vue des actions *stricti juris*.

Mots qui servent à reconnaître les actions de bonne foi.

Les actions de bonne foi étaient ordinairement caractérisées par ces mots : *ut inter bonos bene agier*; ou bien : *quid æquius meliusque*; ou enfin : *ex bona fide ejus*.

Différences avec les actions de droit strict.

L'effet de ces expressions était :

1° Que le juge appelé *arbiter* devait examiner, en dehors des conventions formellements exprimées, « ea quæ sunt moris et con- « suetudinis (2). » Dans les actions de droit strict, au contraire, le juge devait appliquer littéralement tous les termes de la formule, sous peine de faire le procès sien;

2° Dans les actions de bonne foi, les fruits et les intérêts sont dus à partir de la mise en demeure, même avant la demande en justice (3). Dans les *judicia stricti juris*, on ne peut réclamer ces accessoires qu'à partir de la *litis contestatio* (4);

3° L'*arbiter* tient compte de l'intérêt d'affection dans les actions de bonne foi : « Placuit enim prudentioribus affectus rationem in « bonæ fidei judiciis habendam; » dans les actions de droit strict, on devait seulement rechercher la valeur vénale (5);

4° La compensation était un des éléments que l'*arbiter* pouvait prendre de lui-même en considération dans l'action de bonne foi. Pour les actions strictes, il avait fallu le rescript de Marc-Aurèle, et on exigeait l'introduction de l'exception de dol dans la formule;

5° Il y avait certaines exceptions qu'on n'avait pas besoin d'insérer dans les formules de bonne foi, comme l'exception de dol ou de

(1) F. 73, *de verbor. signif.* D. 50, 16. — Cf. F. 122, § 1, *de verbor. oblig.* D. 45, 1, dans lequel on trouve un exemple de cette stipulation : *Eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Callimachus.* = (2) F. 31, § 20, *de ædilitio edicto.* D. 21, 1. = (3) F. 32, § 2, *de usuris.* D. 22, 1. — F. 24, *depositi.* D. 16, 3. = (4) F. 38, § 2, *de usuris.* D. 22, 1. — L. 1, Cod., *de condictione indebiti*, 4, 5. = (5) F. 54, *mandati.* D. 17, 1. — F. 32, *ad leg. Aquil.* D. 9, 2.

pacte, ainsi que toutes celles qui tendaient à établir la mauvaise foi (1). Celui qui défendait à une action stricte devait avoir grand soin de faire ajouter à l'*intentio* les exceptions dont il voulait se servir, car autrement, le *judex* n'aurait pas pu les prendre en considération.

6° Suivant Sénèque, l'*arbiter* dans les actions de bonne foi pouvait être pris hors de la liste des *judices*, ce qui n'a pas lieu pour les actions de droit strict.

Ce que comprennent les actions *stricti juris*.

Si on se demande maintenant quelles actions contenait chacune de ces classes, on arrive au résultat que voici :

Les actions de droit strict comprennent les *condictiones* ayant pour objet *dare aut facere*; et elles se subdivisent elles-mêmes en trois classes : *condictio certi* quand on demande une somme d'argent; *condictio certi* lorsqu'on demande une chose certaine autre que de l'argent; *condictio incerti* quand il s'agit de faire ou de donner des choses incertaines, soit quant à leur qualité, soit quant à leur quantité. Quoique cette dernière *condictio* soit encore *stricti juris*, on peut dire qu'elle est sur la limite et qu'elle sert de transition entre les actions libres et les actions rigoureuses.

Il faut remarquer enfin que les actions *stricti juris* viennent toujours des conventions appelées dans le droit moderne contrats unilatéraux; les actions de bonne foi peuvent naître, soit de cette catégorie d'actes, comme pour le commodat, soit des contrats synallagmatiques desquels il résulte des obligations *ultro citroque*, comme dans la vente.

Il y a trois listes des actions de bonne foi.

Quand on arrive à se demander ce que contiennent les actions de bonne foi, la réponse est facile, car ici le droit romain procède par énumération.

Les auteurs nous ont conservé trois listes qui sont loin d'être identiques. La première, donnée par Cicéron, *de Officiis*, liv. III, ch. XV, XVII, contient six actions; la seconde, retrouvée dans les Commentaires de Gaïus, liv. IV, § 62, présente dix actions; enfin dans la troisième, qui est aux Institutes, liv. IV, tit. VI, § 28, on en compte quinze.

Tout porte à croire que les deux premières listes ne sont pas complètes; cependant il est certain que le nombre des actions de bonne foi est devenu plus considérable, à mesure que l'équité a joué un plus grand rôle dans la législation. Voici les trois listes telles que nous les possédons :

(1) Quant aux autres exceptions, comme l'*exceptio rei judicatæ, quod facere possit, litis residuæ*, il fallait les faire figurer même dans la formule de bonne foi. — F. 8, *de except. rei judicatæ*. D. 44, 1. — G. C. IV, § 107, 109. — F. Vatic., § 94. — F. 3, *de rescindenda*. D. 18, 3.

LISTE DE CICÉRON.	LISTE DE GAÏUS.	LISTE DES INSTITUTES.
1° Actio tutelæ.	1° Actio tutelæ.	1° Actio tutelæ.
2° Actio pro socio.	2° Actio pro socio.	2° Actio pro socio.
3° Actio mandati.	3° Actio mandati.	3° Actio mandati.
4° De rebus emptis venditis.	4° Ex empto vendito.	4° Ex empto vendito.
5° De rebus locatis conductis.	5° Ex locato conducto.	5° Ex locato conducto.
6° Actio fiduciæ.	6° Actio fiduciæ.	6° Actio pignoratitia.
	7° Negotiorum gestorum.	7° Negotiorum gestorum.
	8° Depositi.	8° Depositi.
	9° Commodati.	9° Commodati.
	10° Rei uxoriæ(1).	10° Rei uxoriæ.
		11° Familiæ erciscundæ.
		12° Communi dividundo.
		13° Præscriptis verbis ex permutatione.
		14° Præscriptis verbis ex æstimato.
		15° Petitio hereditatis (2).

La liste de Justinien est empruntée à un jurisconsulte de l'époque classique ; c'est ce qui explique pourquoi il ne mentionne pas l'emphytéose dans les actions de bonne foi. Du reste, à cette époque, la distinction avait moins d'importance, car on proclamait dans la législation : « In omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatis« que, quam stricti juris rationem (3). »

Faut-il généraliser l'énonciation pour les actions *præscriptis verbis*?

On a soulevé une question difficile à l'occasion de l'énumération donnée par les Institutes. Faut-il limiter aux deux actions *præscriptis verbis,* nommées dans le texte, la qualification d'actions de bonne foi ; ou bien n'est-il pas plus rationnel de généraliser la règle, et de comprendre dans la même catégorie toutes les actions *in factum civiles,* dérivant de la vente et des autres contrats? On a soutenu l'affirmative en se fondant sur les termes généraux du F. 1, pr., *de æstimatoria,* D. 19, 3 ; pour la négative, on argumente de l'énonciation restrictive que semblent faire les Institutes. Nous croirions volontiers qu'à l'époque de Justinien, la formule n'existant plus, on devait appliquer aux actes dérivés de la vente, du louage ou du mandat, etc., les règles de procédure suivies pour ces contrats (4).

Actions arbitraires. Instit., l. IV, tit. VI.

§ 31. Præterea quasdam actiones *arbitrarias*, id est ex *arbitrio judicis pendentes*, appellamus, in quibus, nisi

Il y a, en outre, certaines actions appelées arbitraires, parce qu'elles dépendent de l'*arbitrium* du juge, et dans

(1) On admet cette action par interprétation, le manuscrit de Gaïus étant illisible à cet endroit. Dans cette liste on devait aussi trouver les actions *communi dividundo* et *familiæ erciscundæ*. = (2) On avait longtemps hésité pour cette dernière action ; Justinien termine la controverse. — L. 12, Cod., *de petitione hereditatis*, 3, 31. Du reste, depuis longtemps on jugeait la revendication d'hérédité *ex æquo et bono*. = (3) L. 8, Cod., *de judiciis*, 3, 1. = (4) Cf. Zimmern, § 83, note 18. M. Ducaurroy, n° 1231, note A, pense qu'il faut généraliser le principe dès le temps de Papinien, Paul et Ulpien.

arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones *tam in rem, quam in personam* inveniuntur. In rem : veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam : veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa, aut dolo malo factum est, item qua id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et cæteris similibus permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat (1).

lesquelles le défendeur doit être condamné s'il ne satisfait pas le demandeur suivant l'estimation du juge ; par exemple, s'il ne restitue ou s'il n'exhibe pas la chose demandée ; s'il ne paye pas la dette ou s'il ne fait pas l'abandon noxal de l'esclave. Certaines de ces actions sont *in rem*, d'autres *in personam*. *In rem*, comme l'action Publicienne ; l'action Servienne pour les choses du colon ; l'action quasi Servienne, qu'on appelle aussi hypothécaire. *In personam*, comme les actions *quod metus causa*, de dol, ou *de eo quod certo loco promissum est*. L'action *ad exhibendum* dépend aussi de l'*arbitrium* du juge. Dans ces actions et dans celles qui ont la même nature, il est permis au juge d'évaluer, équitablement, et selon la nature de chaque affaire, comment le défendeur doit donner satisfaction au demandeur.

Ce qui caractérise les actions arbitraires, c'est le pouvoir donné au juge de surseoir à la condamnation, et de permettre au défendeur de l'éviter en exécutant ce qui lui est demandé. Il y a donc une sorte de conciliation tentée avant d'en venir à la sentence qui doit permettre d'employer tous les moyens de sanction. Caractère des actions arbitraires.

Mais là se borne le pouvoir du *judex*; il doit, pour le reste, se conformer à tout ce qui se rapporte au caractère propre de la formule. C'est qu'en effet, une action peut être *stricti juris* et arbitraire, comme cela a lieu pour l'action de dol; elle peut être de bonne foi et arbitraire, comme les actions de dépôt et de commodat (2). Enfin, l'action peut être simplement arbitraire; sans avoir la qualité *stricti juris* ou *bonæ fidei*, ainsi l'action Servienne, l'action Publicienne et la *rei vindicatio* par la formule pétitoire du droit honoraire.

Le fait que doit accomplir le défendeur, c'est *exhibere, restituere*, ou *solvere*; l'ordre lui en était donné dans la formule; mais on n'est pas d'accord sur la place occupée par les mots *nisi restituat*, etc. Cicéron, dans une formule qu'il rapporte, les met dans l'*intentio* (3); suivant des auteurs, comme Zimmern, la restriction était placée dans la *condemnatio*; nous pensons qu'à l'époque de la jurisprudence classique, cette opinion est la plus exacte. Le juge commençait par examiner l'*intentio*, et il condamnait ensuite le défendeur qui ne se soumettait pas à l'*arbitrium*. Au contraire, si la partie exécu-

(1) Les exemples donnés par les Institutes ne sont pas limitatifs; ainsi les interdits rentrent dans les actions arbitraires. = (2) F. 3, § 3, *commodati*. D. 13, 6. — F. 1, § 21, *depositi*. D. 16, 3... *Nec debere absolvi* nisi restituas; *condemnandum te nisi restituas*... = (3) *In Verrem*, II, ch. 11. — Add. F. 14. § 11, *quod metus causa*. D. 4, 2.

tait, il y avait ordinairement absolution pour le principal; mais les fruits et les dommages-intérêts pouvaient encore donner lieu à une condamnation. Ce point ne présente, du reste, aucune difficulté.

Il en est autrement lorsque le défendeur refuse de se conformer à l'*arbitrium*; car alors il se présente deux hypothèses : ou bien le demandeur préfère la chose réclamée à toute indemnité pécuniaire, ou bien il demande au juge de prononcer une *condemnatio* (1).

Restitution par la *manus militaris*.

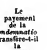
Dans le premier cas, le juge donnera au demandeur un *jussus*, en vertu duquel il peut provoquer l'action de la force publique, et se faire rendre la chose *manu militari* : « Qui restituere jussus, judici « non paret, contendens non posse restituere, *si quidem habeat rem* « manu militari, officio judicis, ab eo possessio transfertur, et fruc- « tuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit (2). » Lorsque celui qui a reçu l'ordre de restituer n'obéit pas au juge, sous prétexte qu'il ne peut pas restituer et qu'il possède la chose, il rentre dans l'office du juge de la lui faire enlever par la force publique, et alors on ne prononce la condamnation que pour les fruits et les accessoires.

Des auteurs, comme Antonius Faber et M. de Savigny, ont soutenu que ce texte était interpolé, et que si le défendeur ne voulait pas exécuter, il fallait toujours arriver à une condamnation pécuniaire; mais il nous est impossible de partager cet avis. Sans doute quand il s'agira d'un fait à exécuter, d'une acceptilation à consentir, ou d'une mancipation à accomplir, le *jussus* du juge pourra être paralysé par le mauvais vouloir du défendeur, puisque : « Nemo « potest præcise cogi ad factum; » mais dans le cas de restitution prévu par le texte, il est impossible de croire qu'à l'époque d'Ulpien, il puisse dépendre d'un *prædo* de garder un champ, par exemple, malgré le propriétaire. On objecte que la mauvaise foi du défendeur sera punie par une condamnation pécuniaire très-forte. Ce moyen pourrait être efficace si tous les condamnés étaient solvables; mais que deviendrait la sentence dans le cas d'insolvabilité? à quoi mènerait l'action *judicati?* faudra-t-il aller jusqu'à vendre la chose réclamée pour payer le réclamant? Évidemment, cela est impossible. Il est bien constant que les préteurs cherchaient toujours à conformer leurs décisions à l'équité et aux nécessités pratiques. Or, ces magistrats, qui avaient établi les *missiones in possessionem* et les interdits *recuperandæ possessionis*, ne pouvaient pas rester désarmés devant la mauvaise volonté d'un plaideur entêté; la force des choses devait les amener à employer ici la *manus militaris*, comme ils

(1) V. sur ce point les excellentes explications données par M. Pellat, *Traité de la Rei Vindicatio*, p. 368. = (2) F. 68, *de rei vindicatione*. D. 6, 1.

le faisaient dans le *damnum infectum*, par exemple. La nécessité d'obtenir une condamnation pécuniaire et de courir les chances d'insolvabilité du défendeur se comprendrait à peine sous le système des actions de la loi; elle deviendrait absurde sous le système formulaire perfectionné par le droit honoraire.

Si le demandeur le préférait, ou si le défendeur s'était mis par dol dans l'impossibilité d'exhiber ou de restituer, on arrivait à la condamnation pécuniaire, qui était alors fixée *ex jurejurando adversarii*. Ordinairement le serment était déféré *sine taxatione*, sans limites. Quelquefois cependant on fixait un maximum, c'était alors le serment *cum taxatione* (1). Dans tous les cas, le *judex* n'était pas tenu de se conformer à l'évaluation de la partie; mais comme il pouvait le faire, c'était une menace capable d'amener le défendeur à exécuter l'*arbitrium*.



Quand le montant de la condamnation avait été payé, il faut distinguer suivant les cas, pour savoir ce que devenait la propriété de la chose litigieuse. Si le demandeur, au lieu de recourir à la *manus militaris*, a préféré recevoir la somme d'argent fixée *ex jurejurando suo*, il y a eu une sorte de transaction, et alors, comme dit Paul, « dominium statim ad possessorem pertinet (2). » Mais si le défendeur « dolo fecit quo minus possideret, » s'il a fait disparaître la chose de manière à paralyser l'emploi de la force publique, alors la somme qu'il paye ne le rend pas propriétaire. Sans doute le demandeur ne peut plus le poursuivre, car il y a eu *res deducta in judicio*; mais si le condamné perd la possession, il n'aura ni la *rei vindicatio*, ni même l'action Publicienne; d'où il faut conclure que ce serait le vrai propriétaire qui irait revendiquer de nouveau contre le détenteur actuel (3), car le procès ne serait plus pendant *inter easdem personas*.



Toutes les actions que nous venons d'examiner étaient rangées dans deux classes, dont Gaïus nous a conservé les caractères.

§ 103. Omnia autem judicia, aut legitimo jure consistunt, aut imperio continentur.	Toutes les instances sont ou bien légitimes, ou bien renfermées dans l'*imperium* du magistrat.

Peu importait l'origine et la formule de l'action, si elle ne réunissait pas les caractères voulus.

§ 104. Legitima sunt judicia quæ in urbe Roma vel intra primum urbis Romæ milliarium, inter omnes cives Romanos, sub uno judice accipiuntur; eaque lege Julia judiciaria, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant et hoc est quod vulgo dicitur, e	Sont légitimes les procès pendants dans la ville de Rome, ou dans un rayon d'un mille autour de Rome, entre citoyens romains, et devant un seul *judex* romain; ces instances sont périmées, suivant la loi Julia judiciaria, au bout de dix-huit mois; et c'est pour

(1) F. 68, *de rei vindicatione*. D. 6, 1. — F. 4, § 2. — F. 5, § 1-2, *de in litem jur*. D. 12, 3. = (2) F. 46, *de rei vindicatione*. D. 6, 1. = (3) Arg. F. 69-70, *de rei vindicatione*. D. 6, 1. — L. 8, Cod., *de præscriptione vigenti*, 7, 39.

lege Julia liten anno et sex mensibus mori.

cela qu'on dit vulgairement : Dans la loi Julia les procès meurent par un an et six mois.

§ 105. Imperio vero continentur recuperatoria, et quæ sub uno judice accipiuntur, interveniente peregrini persona judicis aut litigatoris. In *eadem* causa sunt quæcumque extra primum urbis Romæ milliarium, tam inter cives Romanum quam inter peregrinos accipiuntur : ideo autem imperio contineri judicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea præcepit, imperium habebit.

Sont comprises dans l'*imperium* les instances pendantes devant les récupérateurs ou même devant un seul *judex*, si le juge ou l'un des plaideurs est pérégrin. Sont dans la même catégorie tous les procès au delà du premier mille autour de Rome, sans distinguer s'ils ont lieu entre citoyens ou pérégrins; on dit qu'ils sont compris dans l'*imperium*, parce que la formule n'est valable que tant que celui qui l'a délivrée conserve l'*imperium*.

Ce paragraphe de Gaïus nous explique pourquoi les gouverneurs des provinces étaient assiégés par les plaideurs quand ils entraient en fonctions ; on venait leur demander, soit de nouvelles formules, soit le renouvellement de celles qui avaient cessé de valoir par la fin de l'*imperium* de leur auteur.

§ 109. Cæterum potest ex lege quidem esse judicium, sed legitimum non esse ; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse : verbi gratia (*si*) ex lege Aquilia vel Ovinia vel Furia in provinciis agatur, imperio continebitur judicium ; idemque juris est et si Romæ apud recuperatores agamus, vel apud unum judicem interveniente peregrini persona. Et ex diverso si ex ea causa, ex qua nobis edicto prætorio datur actio, Romæ sub uno judice inter omnes cives Romanos accipiatur judicium, legitimum est.

Du reste, une instance peut venir de la loi sans être légitime, et par contre, être légitime sans venir de la loi ; par exemple, si on agit en province, en vertu de la loi Aquilia, Ovinia ou Furia, le procès sera compris dans l'*imperium* ; il en est de même si nous plaidons à Rome, devant des récupérateurs, ou devant un seul juge, s'il intervient un pérégrin. Au contraire, si nous plaidons à Rome, devant un seul *judex*, entre citoyens romains, en vertu d'une action accordée par l'édit prétorien, l'instance est légitime.

Nous ne pensons pas qu'il soit possible de donner une raison satisfaisante de cette distinction, à moins de dire qu'on avait attaché au sol de Rome et au *milliarium* qui l'entourait une sorte de caractère solennel se reflétant sur les actes qui s'y passaient; peut-être pensait-on que là seulement on pouvait invoquer la formule *ex jure Quiritium* (1). A l'époque de Gaïus et d'Ulpien, on ne comprend pas pourquoi une sentence rendue à deux milles de Rome ne produisait pas les mêmes effets que celle qui intervenait dans l'enceinte même du *pomœrium* ; et cependant les textes sont formels pour constater cette différence.

§ 106. Et siquidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea formula (*quæ*) in factum concepta est, sive ea quæ in jus habet intentionem, postea nihilo-

Si on a agi par une instance comprise dans l'*imperium*, soit *in rem*, soit *in personam*, soit avec une formule *in jus* ou *in factum*, on peut agir de nouveau, d'après le droit civil, et il

(1) Cf. Zimmern, *actiones*, § 81.

minus *ipso jure de eadem re agi potest*, *et ideo necessaria est exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ*.

faudra opposer l'exception de la chose jugée ou apportée devant le magistrat.

§ 107. At vero (*si*) *legitimo judicio in personam* actum sit ea formula quæ juris civilis habet intentionem, postea *ipso jure* de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est : si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatæ vel in judicium deductæ.

Mais si on a agi par une instance légitime *in personam*, et avec une formule ayant une *intentio* de droit civil, de plein droit on ne peut plus ensuite agir pour la même affaire; par conséquent, l'exception n'est pas nécessaire; mais si l'action était *in rem* ou la formule *in factum*, on pourrait agir de nouveau, et par conséquent, il faudrait opposer l'exception de la chose jugée ou apportée devant le magistrat.

Nous verrons bientôt que cette différence d'effets tenait à ce que la *litis contestatio* opérait novation pour les actions *in personam* légitimes, tandis que cela n'avait pas lieu dans les autres cas.

Paul nous a conservé la mention d'un autre effet de cette division. Dans les *Fragmenta vaticana*, § 47, il constate que l'usufruit ne peut être établi par l'*adjudicatio* que dans un *judicium legitimum*.

Pour terminer ce qui concerne les divisions des actions sous le système formulaire, nous devons rappeler qu'on les divisait toutes en actions perpétuelles ou temporaires. Actions perpétuelles et temporaires.

Gaius, C. IV.

§ 110. Quo loco admonendi sumus, eas quidem actiones quæ ex lege senatusve consultis proficiscuntur, *perpetuo* solere prætorem accommodare; eas vero quæ ex propria ipsius jurisdictione pendent plerumque *intra annum* dare.

Nous devons avertir ici que les actions venant des lois ou des sénatus-consultes sont ordinairement délivrées perpétuellement par le préteur; quant à celles qui viennent de sa juridiction, il ne les donne le plus souvent que pendant un an.

§ 111. Aliquando tamen imitatur jus legitimum; quales sunt eæ quas bonorum possessoribus cæterisque qui heredis loco sunt, *accommodat*. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali pœna pecuniaria constituta sit.

Quelquefois il imite le droit civil; par exemple, dans les actions qu'il donne aux possesseurs de biens et à ceux qui sont considérés comme des héritiers. De même, l'action de vol manifeste, bien que venant de la juridiction du préteur, est donnée perpétuellement, et avec raison, puisqu'on a remplacé une peine capitale par une peine pécuniaire.

Sous le système formulaire, les actions temporaires avaient une durée à peu près générale; elles étaient annales. Cependant il y avait des exceptions à cette règle; ainsi, nous savons que la *querela inofficiosi testamenti* dura d'abord deux ans, puis cinq ans (1). Quant aux actions perpétuelles, rien ne limitait leur durée lorsqu'il s'agissait de faire valoir des droits de créance; mais pour la propriété, nous avons vu qu'à l'aide de la *præscriptio longi temporis*, le préteur avait limité leur efficacité au délai de dix ans entre

(1) F. 8, § 17, *de inofficioso*. D. 5, 2.

présents et vingt ans entre absents. Dans la période suivante, nous verrons les empereurs généraliser les effets de la prescription en adoptant un nouveau délai.

CHAPITRE III.

MARCHE DE LA PROCÉDURE SOUS LE SYSTÈME FORMULAIRE.

SECTION PREMIÈRE. — Procédure in jure.

Sommaire. — 1. Vocatio in jus. — 2. Editio actionis. — 3. Vadimonium. — 4. Postulatio actionis. — 5. *Rédactions de la formule*; plus petitio *et* minus petitio. — 6. *Des exceptions, répliques, etc.* — 7. *Incidents de la procédure: cautions*; interrogationes in jure. — 8. *De la* litis contestatio.

1. Acte vocatio in jus. Le premier acte de la procédure formulaire, comme sous le système précédent, c'est la *vocatio in jus*, qui se faisait encore *obtorto collo* à la fin de la république. Cependant, déjà à cette époque, les magistrats ayant l'*imperium* remplaçaient souvent la forme barbare du *rapere in jus* par un ajournement que portaient au défendeur des huissiers appelés *viatores*; celui qui refusait de se rendre à cette sorte d'invitation pouvait être condamné à une amende, réclamée à l'aide d'une action *in factum* (1). Cette amélioration fut définitivement consacrée sous les empereurs, mais on ignore à quelle époque: suivant des auteurs, cela aurait eu lieu sous le règne de Marc-Aurèle (2).

Nouvelles formes adoptées.

Prensio. Certains magistrats, comme les tribuns du peuple, avaient le droit de faire saisir, *prensio*, les personnes qu'ils voulaient entendre; c'était une sorte de mandat d'amener. Aulu-Gelle fait remarquer que, tout en ayant le droit de *prensio*, ils n'avaient pas le *jus vocandi*, parce que, dans l'origine, ils avaient été établis pour repousser l'injure faite en leur présence, et non pour juger les procès (3).

Il faut se rappeler qu'il y a, sous ce système, les mêmes impossibilités d'appeler certaines personnes *in jus* que sous le système des actions de la loi. Ainsi les grands magistrats, ainsi les personnes occupées à des actes déterminés, ainsi le père et le patron, qu'on ne pouvait citer sans la permission du magistrat, sous peine d'une amende autrefois de dix mille sesterces et ensuite de cinquante *aurei* (4).

Cautio sistendi in judicio. Celui qui était appelé en justice pouvait se dispenser de suivre immédiatement le demandeur en donnant une caution appelée *cau-*

(1) F. 2, § 1, *si quis in jus vocatus*. D. 2, 5. = (2) Walter, *Histoire de la procédure*, p. 72. = (3) Aulu-Gelle, liv. XIII, ch. XII, *in fine*. = (4) G. C. IV, § 46. — F. 2, 4, 21, *de in jus vocando*. D. 2, 4. — Instit., liv. IV, tit. XVI, § 3, Justinien dit *cinquante solides*; la monnaie appelée *aureus* avait disparu.

tio judicio sistendi causa data (1). Ce fidéjusseur diffère du *vindex* en ce qu'il ne prend aucunement le procès à sa charge; il promet seulement de payer une somme si le défendeur ne se présente pas au jour indiqué. Dès lors, s'il y avait des cas de force majeure empêchant la comparution, la caution était libérée (2). Le fidéjusseur devait être solvable, et on pouvait discuter sa solvabilité, excepté quand il s'agissait d'un patron ou d'un ascendant, mais celui qui refusait de recevoir une caution évidemment suffisante était exposé à l'action d'injures (3).

Si des tiers employaient la violence pour empêcher la *vocatio in jus obtorto collo*, on avait contre eux une action *in factum*, par laquelle ils étaient tous condamnés à payer individuellement au demandeur la somme qu'il réclamait, *quanti ea res est ab actore æstimata*; l'action était annale, et n'empêchait pas de continuer les poursuites contre le débiteur (4).

Denuntiatio litis.

On faisait ordinairement accompagner la *vocatio in jus* d'une *litis denuntiatio*, c'est-à-dire d'un exposé sommaire de la demande. Cela n'était pourtant pas exigé; on pouvait se contenter de dire : « Ego te in jus voco. » Suivant Aurelius Victor, *de Cæsare*, 16, Marc-Aurèle avait rendu obligatoire la formalité de la *litis denuntiatio*.

2. Acte editio actionis.

Lorsque les parties sont devant le magistrat, le demandeur doit *edere actionem*, indiquer, soit par écrit, soit verbalement, l'action qu'il entend demander (5). Mais cette désignation ne lie aucunement le plaideur; il peut changer d'action jusqu'à la *litis contestatio* : « Edita actio speciem *futuræ* litis demonstrat, quam emendari vel « mutari licet (6). » Dès ce moment, le magistrat peut déclarer la demande inadmissible si elle est contraire aux principes du droit civil ou du droit prétorien; de son côté, le défendeur peut acquiescer à la demande; cependant cela n'arrivait pas ordinairement, et le procès continuait. Mais il pouvait se faire qu'il y eût un temps d'arrêt après l'*editio actionis*. Les parties demandaient souvent un délai, soit pour réunir leurs moyens de preuve, soit pour tout autre motif; ou bien encore le magistrat lui-même, ne pouvant finir l'examen de l'affaire en un seul jour, renvoyait *alio die*. Dans ces divers cas, il y avait lieu au *vadimonium*.

3. Acte vadimonium.

Vadimonium signifie garantie de se présenter à un jour déterminé, à un endroit et devant un magistrat désignés. Les ascendants et le patron ne devaient le *vadimonium* que si le préteur l'ordonnait lui-même (7).

(1) F. 1, *in jus vocati ut eant*. D. 2, 6. = (2) Paul. Sent., liv. I, tit. XIII, § 1. = (3) F. 5, § 1, *qui satisdare*. D. 2, 8. = (4) F. 5, § 1, 3, 4, *ne quis eum*. = (5) F. 1, § 1, *de edendo*. D. 2, 13. = (6) L. 3, Cod., *de edendo*, 2, 1. = (7) G. C. IV, § 187.

Comment on donne le vadimonium. Il y avait diverses manières de donner la garantie dont nous nous occupons : 1° par une simple promesse, *vadimonium purum*; 2° tantôt en exigeant un serment de la partie, *cum jurejurando*; 3° quelquefois en faisant donner une caution; 4° enfin *recuperatoribus suppositis*, c'est-à-dire en désignant des récupérateurs chargés de prononcer une amende en cas de non comparution (1). Le montant de cette amende variait suivant les cas.

Gaius, C. IV.

§ 186. Et siquidem judicati depensive agetur, tanti fiet vadimonium, quanti ea res erit; si vero ex cæteris causis, quanti actor juraverit non calumniæ causa postulare sibi vadimonium promitti : nec tamen pluribus quam *sestertium C millibus* fit vadimonium. Itaque si centum millium res erit, nec judicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta millium fit vadimonium.

S'il s'agit du *judicatum* ou du *depensum*, le *vadimonium* sera d'une somme égale à l'intérêt du procès. Dans les autres cas, la somme sera fixée par le serment du demandeur, qui jurera que s'il demande le *vadimonium*, ce n'est pas par mauvaise foi; mais il ne pourra jamais dépasser cent mille sesterces; enfin, si l'affaire est de cent mille sesterces, et qu'il ne s'agisse ni du *judicatum*, ni du *depensum*, le *vadimonium* ne peut pas être au-dessus de cinquante mille sesterces.

Le délai était fixé de gré à gré; en cas de dissentiment le magistrat intervenait (2); s'il n'y avait pas comparution à l'époque indiquée, on pouvait éviter l'amende en justifiant de raisons valables.

4. Acte actionis postulatio. Enfin venait une partie extrêmement importante de la procédure, l'*actionis postulatio*. Quelques auteurs ont confondu cette demande avec l'*editio actionis*, mais c'est une erreur. Tout le monde reconnaît que le demandeur pouvait encore modifier ses conclusions après l'indication préliminaire qu'il faisait de l'action; mais il fallait fixer un moment où toute incertitude cessait, et ce moment c'était celui de l'*actionis postulatio et impetratio*; parce qu'alors on déterminait l'acte juridique sur lequel on se fondait, et on expliquait ce qu'on demandait.

Cette partie de la procédure était fondamentale dans le système formulaire; aussi se faisait-on assister par des jurisconsultes pour déterminer sur l'*album* la formule qu'on devait demander. Toute erreur à ce moment pouvait avoir des conséquences graves : si on se trompait d'action, par exemple, si on demandait la formule du mandat au lieu de celle du louage, on perdait son procès; les frais restaient à la charge du poursuivant, qui devait recommencer une nouvelle instance. Le § 35 du titre *de actionibus*, aux Institutes, qui permet de modifier ses conclusions pendant la procédure, n'est vrai que sous le système des *judicia extraordinaria*.

Du concours d'actions. Une seconde difficulté se présentait quand il y avait concours d'actions. Il arrive quelquefois, en effet, que le même acte donne lieu à

(1) G. C. IV, § 185. = (2) F. 8, pr., *qui satisdare*. D. 2, 8.

plusieurs actions; le demandeur peut-il alors les intenter toutes, ou bien l'exercice de l'une lui fait-elle perdre le droit de se servir des autres? Cela est important à savoir pour faire un choix entre les diverses formules.

En principe, il faut distinguer les actions civiles des actions pénales.

Dans les actions civiles, la règle est : *una actione electa, altera consumitur*. Ainsi, quand j'ai traité avec un débiteur principal et un fidéjusseur, l'action dirigée contre l'un éteint le droit de poursuivre l'autre; dans un autre cas, si mon associé détourne une partie des fonds de la société, je puis agir par l'action *pro socio* ou par la *condictio furtiva*; mais, dit Ulpien : « Si ex causa furtiva condixero, « cessabit pro socio actio (1). »

Concours partiel.

Mais il faut bien distinguer le concours complet du concours partiel, c'est-à-dire le cas où les deux actions doivent arriver identiquement au même but, et celui où il y a des différences entre les résultats à obtenir : alors, même après avoir intenté l'une des actions, on peut exercer l'autre pour le surplus, *in id quod super est*. En voici des exemples. Quand on m'a enlevé une chose par violence, je puis demander à mon gré, ou la *rei vindicatio*, ou l'action *vi bonorum raptorum*; si j'ai employé la première formule, je puis encore employer la seconde pour la pénalité, *in id quod super est*, c'est-à-dire au triple (3). Dans le cas de dommage matériel causé à ma maison par un locataire, je puis d'abord poursuivre l'auteur du fait par l'action *locati*, et ensuite par l'action de la loi Aquilia, *in id quod super est*, pour la plus grande valeur que la maison avait eue dans les trente jours qui ont précédé le délit (2).

Actions pénales.

Lorsqu'il s'agit d'actions pénales la règle change.

S'il y a plusieurs coauteurs d'un même délit, ils sont tous tenus *in solidum*, le plaignant peut donc demander la formule contre chacun d'eux; la poursuite dirigée contre l'un ne libère pas les autres (3).

Mais que faut-il décider si l'acte commis par une personne constitue plusieurs délits connexes? Ainsi, Séius enfonce la porte d'une maison, il enlève un meuble par violence, et comme il est poursuivi, il détruit l'objet volé. Ici, il y a trois délits : l'injure, la *rapina*, et le *damnum injuria datum*, puni par la loi Aquilia; faut-il choisir entre ces trois actions ou bien peut-on les cumuler?

Opinions diverses.

Les jurisconsultes romains étaient divisés sur ce point, et nous retrouvons leurs opinions consignées au Digeste.

(1) F. 45-46-47, *pro socio*. D. 17, 2. — F. 19, § 2, *locati*. D. 19, 2. — F. 34, § 1, *de oblig. et act*. D. 44, 7. = (2) F. 28, § 5, *locati*. D. 19, 2. — F. 2. § 3, *de privatis delictis*. D. 47, 1. = (3) F. 51, *ad leg. Aquil*. D. 9, 2. — F. 73, § 1, *de furtis*. D. 47, 2.

Modestin veut que le demandeur choisisse : « Una tantummodo, « non omnibus utendum est (1). » Dans cette opinion, il faudrait donc avoir grand soin, au moment de l'*actionis postulatio*, de demander la formule la plus avantageuse, puisque l'exercice d'une action doit éteindre les autres.

Paul n'adopte pas tout à fait cet avis, car il permet d'user des autres actions, *in id quod super est*, pour le surplus. Ainsi, on a frappé mon esclave pour me faire affront, j'ai le choix entre l'action de la loi Aquilia et l'action d'injures. Je commencerai par intenter celle que je voudrai, et ensuite je pourrai, « quod *amplius* in altera « est, etiam hoc exequi (2). »

Une troisième opinion, qui a prévalu, est soutenue par Labéon, Ulpien et Papinien. Ils permettent au plaignant de venir successivement demander toutes les actions résultant des divers délits contenus dans l'acte (3). Ulpien formule ainsi son système : « Nunquam « actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes alia aliam con- « sumit (4). » Jamais, quand il y a concours d'actions pénales pour le même intérêt, l'exercice de l'une n'empêche d'employer les autres.

Enfin Hermogénien donne la formule définitive et son explication historique : « Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut « evenit cum arbores furtim cæsæ dicuntur, *omnibus* experiri per- « mitti, *post magnas varietates*, obtinuit (5). » Lorsque plusieurs actions naissent d'un même délit, comme cela arrive dans le cas des arbres coupés furtivement, on a admis, après de grandes discussions, qu'on pourrait les exercer toutes. Dans les cas cités par Hermogénien, on avait l'action *locati*, l'action de la loi Aquilia, l'action *arborum furtim cæsarum*, et enfin l'action *quod vi aut clam*.

On comprend, par les explications qui précèdent, comment l'*actionis postulatio* pouvait présenter de graves difficultés, suivant que le préteur appartenait à telle ou telle école.

Un autre écueil à éviter dans l'*actionis postulatio*, c'était la *plus petitio* ou la *minus petitio*. La fausse évaluation dans l'un ou l'autre cas pouvait avoir des conséquences très-fâcheuses pour le demandeur. Examinons d'abord les règles de la *plus petitio*.

De la *plus petitio*.

Dans la *demonstratio*.

Si le demandeur exagérait sa prétention dans l'énoncé de la question de fait, c'est-à-dire dans la *demonstratio*, cela n'avait aucune importance; quelques auteurs avaient pensé toutefois que la plus-pétition dans la *demonstratio* des actions infamantes devait faire

(1) F. 53, *de oblig. et act.* D. 44, 7. — Add. F. 25, § 5, *locati.* D. 19, 2. = (2) F. 34, *de oblig. et act.* D. 44, 7. — F. 1, *vi bonor. rapt.* 47. 8. — F. 88, *de furtis.* F. 47, 2. — F. 1, 11, *arbor furtim cæsa.* D. 47, 7. = (3) F. 6, pr., *ad leg. Juliam de adult.* D. 48, 5. = (4) F. 60, *de oblig. et act.* D. 44, 7. — F. 130, *de regulis juris.* D 50, 17. — F. 15, § 46. — F. 25, *de injuriis.* D. 47, 10. = (5) F. 32, *de oblig. et act.* D. 44, 7.

perdre le procès, mais Gaïus repousse cette opinion, excepté pour les actions *in factum*, parce qu'alors l'*intentio* et la *demonstratio* se confondent (1).

Dans l'*intentio*.

Mais la plus-pétition dans l'*intentio* avait une immense gravité pour les actions rigoureuses; quelque minime que fût l'exagération, le demandeur perdait son procès, car le juge devait répondre négativement à la question posée. On lui demande, en effet, *si paret Numerium Negidium decem debere*, s'il trouve qu'il doit neuf, il doit donc répondre : *Non paret*, et absoudre le défendeur; puis, si le créancier veut recommencer l'instance, on lui opposera l'exception *rei deductæ in judicio*. Nous trouvons aux Institutes l'exposé des anciens principes sur ce point et des modifications apportées sous le système des *judicia extraordinaria*.

§ 33. Si quis agens in *intentione* sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineret, causa cadebat, id est rem amittebat, nec facile in integrum a prætore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat, ita et in hac causa succurri solitum erat. Sane, si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur : veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quæ efficiebant, ut plus petisse videretur petitor, quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem *quatuor* modis petitur : re, tempore, loco, causa. Re : veluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit, aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majore ex parte suam esse intenderit. Tempore : veluti si quis ante diem vel ante *conditionem* petierit. Qua ratione enim, qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intellegitur, eadem ratione, qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur : veluti cum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit, *sine commemoratione illius loci*, in quo sibi dari stipulatus fuerit; verbi gratia, si is, qui ita stipulatus est, *Ephesi dare spondes?* Romæ pure intendat dari sibi oportere. Ideo autem

Instit., l. IV. tit. VI.

Si un demandeur avait fait mettre dans son *intentio* plus qu'il ne lui appartenait, il perdait son procès et sa chose, car le préteur ne lui donnait pas facilement la restitution en entier, à moins qu'il ne fût mineur de vingt-cinq ans; car, alors, il venait à son secours comme dans tous les autres cas où sa jeunesse l'avait induit en erreur. Du reste, s'il y avait une cause d'erreur telle que l'homme le plus vigilant aurait pu être trompé, on venait au secours du majeur de vingt-cinq ans. Ainsi, quelqu'un demande tout son legs, et ensuite on découvre des codicilles qui le révoquent en partie, ou qui contiennent des legs faits à d'autres personnes, d'où il résulte que le légataire a demandé plus des trois quarts fixés par la loi Falcidie. On peut demander plus de quatre manières : Par la chose, par le temps, par le lieu, par la cause. Par la chose : si quelqu'un demande vingt à la place de dix qui lui étaient dus; ou si celui qui est propriétaire d'une partie prétend être maître de la totalité ou d'une portion plus grande que celle qui lui appartient réellement. Par le temps : si on agit avant l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition; car, de même que celui qui paye plus tard qu'il ne devait le faire paye moins, de même celui qui demande prématurément demande plus qu'il ne lui est dû. Par le lieu : il y a plus pétition lorsque celui qui a stipulé qu'on le payerait dans un endroit déterminé agit ailleurs, sans faire mention du lieu

(1) G. C. IV, § 59-60.

plus petere intellegitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione : propter quam causam alio loco petenti *arbitria actio* proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia : sed et pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fenerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit : idque etiam prætor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intellegitur, proximus est is, qui CAUSA plus petit : ut ecce, si quis ita a te stipulatus sit : *Hominem Stichum aut decem aureos dare spondes?* deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intellegitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit : qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, et eo modo suam quidem meliorem conditionem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat, hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo sibi stipulatus est. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, et specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus, specialiter Campanum petat, aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat : plus petere intellegitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peteretur. Quin etiam, licet vilissimum sit, quod quis petat, nihilominus plus petere intellegitur : quia sæpe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est. *Sed hæc quidem antea in usu fuerant*; postea autem lex Zenoniana et nostra rem coartavit. Et si quidem *tempore* plus fuerit petitum, quid statui oportet, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio; sin autem quantitate vel alio modo plus fuerit petitum, omne, si quid forte damnum ex

fixé pour le payement ; par exemple, si celui qui a stipulé : « Promets-tu de donner à Éphèse? » prétend simplement à Rome qu'on doit lui donner. Il est censé demander plus, parce que son *intentio* pure et simple enlève au débiteur l'avantage qu'il avait à payer à Éphèse ; c'est pour cela qu'on a donné à ceux qui veulent être payés ailleurs une action arbitraire, dans laquelle on tient compte de l'avantage qu'aurait le débiteur à payer au lieu convenu. Cette utilité se présente surtout pour les marchandises, comme le vin, l'huile, le froment, dont les prix varient suivant les pays ; du reste, l'intérêt de l'argent n'est pas non plus le même dans chaque contrée. Si quelqu'un demande le payement à Éphèse, c'est-à-dire au lieu où il a stipulé qu'on le payerait, il agit purement et simplement ; c'est ce qu'indique le préteur, parce que les avantages du débiteur sont respectés. La plus-pétition par LA CAUSE se rattache à la même idée ; par exemple, si quelqu'un a stipulé de vous : « Me promettez-vous Stichus ou dix *aurei?* » et qu'ensuite on vienne demander l'un ou l'autre, soit l'homme, soit les dix seulement. On est censé demander plus, parce que dans cette stipulation le promettant avait le choix de payer l'homme ou l'argent, et celui qui demande l'une des deux choses rend sa condition meilleure et celle de son adversaire moins bonne, puisqu'il lui enlève le choix. C'est pour cela qu'on donne alors une action dans laquelle on réclame Stichus ou les dix *aurei*, de la même manière qu'ils ont été stipulés. En outre, si on a stipulé un esclave d'une manière générale, et qu'on demande spécialement Stichus, ou si après avoir stipulé du vin en général, on demande du vin de la Campanie, on à la place de pourpre stipulée en général de la pourpre tyrienne, on est considéré comme faisant une plus-pétition, puisqu'on enlève à son adversaire le choix que la stipulation lui donnait de payer autre chose que ce qui est demandé. Donc, quand même on demanderait la chose la plus vile, on fait néanmoins une plus-pétition, parce qu'il arrive souvent qu'il est plus facile au débiteur de livrer une chose de plus grande valeur. C'est là ce qui était autrefois en usage ; mais ensuite la loi de Zénon et la nôtre ont modifié ces règles. Si on a demandé plus

hac causa acciderit et, contra quem plus petitum fuerit, *commissa tripli* condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

par le temps, Zénon a établi ce qu'il fallait décider ; si on a demandé plus par la quantité ou par toute autre manière, on devra réparer au triple, comme nous l'avons dit, le dommage occasionné au défendeur.

Suivant les Institutes, il y a plus-pétition *tempore*, quand on agit avant que la condition à laquelle est subordonnée l'obligation soit arrivée ; ceci avait fait question pour les jurisconsultes. Javolenus soutenait l'opinion qui a été adoptée par Justinien : « Quoniam cum « incertum sit an ex ea stipulatione deberi possit, *ante* tempus pe- « tere videor (1). » Comme il y a incertitude pour savoir si la stipulation fera naître une obligation, je parais agir avant le terme. Paul et Marcien permettent, au contraire, d'agir une seconde fois, précisément parce que la question n'a pas été *deducta in judicio*, puisque l'obligation n'existait pas encore (2). M. Schrader pense cependant qu'il faut appliquer cette dernière opinion dans tous les cas où le demandeur s'était arrêté dès qu'on lui avait opposé l'inaccomplissement de la condition. Il faut également remarquer dans ce paragraphe la mention de l'action arbitraire, *de eo quod certo loco*, en vertu de laquelle on peut poursuivre partout son débiteur, pourvu qu'on ait le soin de faire mettre dans l'*intentio* la mention du lieu où le payement devait être fait régulièrement. Le *judex* calculait alors l'intérêt que le débiteur avait à payer dans un endroit plutôt que dans l'autre. L'effet rigoureux de la plus-pétition n'était pas applicable aux actions de bonne foi, dans lesquelles tout était examiné *ex æquo et bono*, et même dans les actions de droit strict, dont la formule était *incerta*.

Cas où la plus-pétition n'est pas à craindre.

§ 54. Illud satis apparet in *incertis* formulis plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere intendatur, nemo potest plus intendere. Idem juris est, et si in rem incertæ partis actio data sit ; velut si heres quantam partem petat in eo fundo quo de agitur, nescius esset : quod genus actionis in paucissimis causis dari solet.

Il est évident que la plus-pétition n'est pas possible dans les formules incertaines, car on ne peut pas demander plus quand on ne réclame pas une quantité déterminée, mais seulement ce que l'adversaire doit donner et faire. Il en est de même quand on intente l'action *in rem* pour une portion incertaine ; si, par exemple, l'héritier ne sait pas pour quelle part il est propriétaire d'un fonds ; mais ce genre d'actions n'est donné que fort rarement. Gaius, C. IV.

Enfin, la plus-pétition dans la *condemnatio* ne fait courir aucun risque ; ou bien le *judex* la diminuera, ou bien le condamné obtiendra une *restitutio in integrum* (3). Dans la *condemnatio*.

(1) F. 36, *de rebus creditis*. D. 12, 1. — F. 36, *de solutionib*. D. 46, 3. — (2) F. 13, *de pignorat. et hypoth*. D. 20, 1. — F. 43, § 9, *de ædilitio edicto*. D. 21, 1. — (3) G. C. IV, § 57.

Modifications de Zénon et de Justinien.

Zénon avait modifié les principes de la plus-pétition *tempore*, en accordant un délai double au débiteur poursuivi avant l'échéance du terme (1). Ceci est conservé à l'époque de Justinien, qui s'occupe également de la plus-pétition *re*. Si elle a lieu dans l'ajournement, on punit le demandeur en le condamnant au triple des *sportulæ* qu'il a fallu payer en plus au *viator*. Et si on s'est fait donner frauduleusement des titres portant des sommes plus considérables que celles qui sont réellement dues, on perd toute sa créance quand on veut user de ces preuves dans un procès (2). Quant aux plus-pétitions, *loco* et *causa*, à l'époque de Justinien, elles ne sont plus en vigueur, puisque le magistrat peut toujours en tenir compte dans sa décision; il n'y a plus ici de formule dont les termes enchaînent sa volonté.

Minus petitio. Dans la *demonstratio.*

Si, au lieu de demander plus, on avait fait mettre moins dans la *demonstratio*, cela n'avait aucune importance.

Gaius, C. VI.

§ 58. Si in demonstratione plus aut *minus* positum sit, nihil in judicium deducitur, et ideo res in integro manet; et hoc est quod dicitur, falsa demonstratione rem non perimi.

Si on a mis dans la *demonstratio* plus ou moins, il n'y a rien de soumis au magistrat; l'affaire reste donc entière; c'est pour cela qu'on dit que la question n'est pas éteinte par une fausse *demonstratio*.

Dans l'*intentio.*

Quand la *minus petitio* était dans l'*intentio*, on pouvait ensuite demander le surplus, mais comme on ne voulait pas que le demandeur eût la possibilité de fractionner indéfiniment sa créance et de venir ainsi tourmenter le débiteur, on le renvoyait à la préture suivante, en lui opposant l'exception *litis dividuæ*.

Exception *litis dividuæ.*

§ 56. Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est: minus autem intendere licet, sed de reliquo intra ejusdem præturam agere non permittitur, nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quæ exceptio appellatur *litis dividuæ*.

Comme nous l'avons déjà dit, il est dangereux de faire une plus-pétition dans l'*intentio*; il est permis de demander moins, mais on ne peut plus agir pendant la même préture; on est repoussé par une exception appelée *litis dividuæ*.

Dans la *condemnatio.*

La *minus petitio* dans la condamnation avait des conséquences graves pour le demandeur; le *judex* étant obligé de suivre la formule condamnait à la somme écrite par le magistrat, et on ne venait pas facilement au secours de celui qui n'avait pas vérifié attentivement la rédaction de la formule.

§ 57. Si vero minus in condemnatione positum fuerit quam oportet, hoc solum (*actor*) consequitur quod posuit: nam tota quidem res in judicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine quam judex egredi non potest; nec ea parte prætor in integrum restituit; facilius enim reis prætor succurrit, quam actoribus. Loquimur autem

Si on a mis dans la *condemnatio* moins qu'il ne le fallait, le demandeur obtient seulement ce qu'il a fait déclarer, car toute l'affaire a été mise en question, et le juge ne peut pas dépasser les termes de la *condemnatio*. Le préteur ne donne pas facilement la restitution en entier pour ce motif, car il secourt plus facilement les

(1) L. 1, Cod., *de plus petitione*, 3, 10. = (2) L. 3, Cod., *de plus petitione*, 3, 10.

exceptis minoribus XXV annorum; nam hujus ætatis hominibus in omnibus rebus lapsis prætor succurrit.

défendeurs que les demandeurs. Nous exceptons cependant les mineurs de vingt-cinq ans, au secours desquels le préteur vient toujours quand ils se sont trompés.

Par tout ce qui précède, on voit l'importance qu'avait l'*actionis postulatio*.

Une fois la demande faite, l'adversaire pouvait s'opposer à la délivrance de la formule en soutenant que la loi ou le préteur refusait l'action, ou bien en présentant une preuve évidente de libération, comme une quittance non contestée.

Concession ou refus de la formule.

Le magistrat, après examen, accordait ou refusait la formule; son refus était sans appel; au contraire, la concession pouvait être paralysée par le *veto* des autres magistrats égaux ou supérieurs.

Des exceptions.

Une fois la formule accordée, le rôle du défendeur devenait plus actif, parce qu'il devait, au moment même de la rédaction, faire mentionner ses exceptions, dont sans cela le *judex* n'aurait pas pu s'occuper, surtout dans les actions de droit strict (1). L'exception est un moyen d'équité, ordinairement établi par le droit prétorien, et à l'aide duquel on repousse une demande qui serait fondée d'après le droit rigoureux.

Instit., liv. IV, tit. XIII.

Pr. Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur : sæpe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, *justa* sit, tamen *iniqua* sit adversus eum cum quo agitur.

Nous devons nous occuper maintenant des exceptions. Elles ont été établies pour protéger ceux contre lesquels on agit; il arrive souvent, en effet, que si la demande du poursuivant est fondée d'après le droit civil, elle est cependant inique à l'égard de celui contre lequel elle est dirigée.

§ 1. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est, jure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur, *dare te oportere*, efficax est : sed iniquum est, te condemnari; ideoque datur tibi exceptio, metus causa, aut doli mali, aut *in factum* composita, ad impugnandam actionem.

Par exemple, si, victime d'une violence, d'un dol ou d'une erreur, vous avez promis à Titius, qui stipulait, ce que vous ne deviez pas, il est évident que vous êtes lié suivant le droit civil, et que l'action par laquelle il prétend que vous devez donner est fondée; mais il est inique de vous condamner; aussi vous donne-t-on une exception, de violence, de dol, ou rédigée *in factum*, pour repousser la demande.

Les principes que nous avons énoncés à l'occasion des restitutions *in integrum*, *ob metum*, *ob dolum*, *ob errorem*, sont également applicables aux exceptions dans les mêmes cas. On donne l'exception *in factum*, quand on veut éviter de soumettre au juge la question

(1) Il y a des exceptions qu'on peut opposer même quand elles ne sont pas dans la formule, comme l'exception des sénatus-consultes Velléien et Macédonien, ou bien quand il y a eu transaction après la *litis contestatio*. F. 23, § 3, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. — Add. Zimmern, § 98.

de dol, ou quand on veut faire examiner un fait particulier, comme la question de pacte, l'exception de la loi Cincia *de donationibus*, etc. (1).

§ 2. Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum, certum est (dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis); sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet, per exceptionem *pecuniæ non numeratæ* te defendi debere, cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostre coartavimus.

Il en de même si quelqu'un a commencé par stipuler comme devant prêter une somme, et qu'il ne l'ait pas comptée. Il est certain qu'il peut vous demander cet argent; vous êtes tenu de le payer, par suite de la stipulation; mais comme il serait inique de vous condamner, on vous permet de vous défendre par l'exception *non numeratæ pecuniæ*, dont nous avons limité la durée, ainsi que cela a été expliqué dans le livre précédent.

Nous avons développé ci-dessus, page 157, tout ce qui concerne l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

§ 3. Præterea debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur, qua de causa efficax est adversus eum actio, que actor intendit, *si paret, eum dare oportere*. Sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

En outre, si le débiteur est convenu, par pacte, avec le créancier, qu'on ne lui demanderait rien, il est encore lié, car les obligations civiles ne sont pas entièrement éteintes par les pactes; on a donc encore le droit d'agir contre lui, en disant : « S'il parait qu'il doive donner. » Mais, comme il serait inique de le condamner, il se défend par l'exception de pacte convenu.

§ 4. Æque si debitor deferente creditore juraverit, nil se dare oportere, adhuc obligatus permanet. Sed quia iniquum est, de perjurio quæri, defenditur tamen per exceptionem jurisjurandi. In his quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque necessariæ sunt exceptiones; veluti si petitore deferente possessor juraverit, eam rem suam esse, et nihilominus eandem rem petitor vindicet. Licet enim verum sit, quod intendit, id est rem ejus esse, iniquum est tamen, possessorem condemnari.

De même si, sur la délation du serment faite par le créancier, on a juré qu'on ne devait rien, on est encore lié par le droit civil. Mais comme il est inique de soulever la question de parjure, on est protégé par l'exception *jurisjurandi*. Puis, dans les actions en revendication, les exceptions sont encore utiles; si, par exemple, le possesseur a juré que la chose était à lui, quand le demandeur lui déférait le serment, et que malgré cela il vienne encore revendiquer le même objet. Bien que l'*intentio* soit fondée, et que la chose lui appartienne, il serait inique de condamner le possesseur.

§ 5. Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea de eadem re adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

Si j'ai plaidé contre vous, soit *in rem*, soit *in personam*, l'obligation existe encore, et je puis donc vous poursuivre, d'après le droit strict, à l'occasion de la même chose, mais vous devez être protégé par l'exception de la chose jugée.

Nous avons vu que ce principe n'était pas vrai dans les cas des *judicia legitima in personam*, car alors l'obligation est éteinte *ipso jure* par la novation résultant de la *litis contestatio*, suivie de la

(1) F. Vatic., § 310.

sentence. Le jurisconsulte a entendu parler ici des *judicia quæ in imperio continebantur*.

§ 6. Hæc exempli causa retulisse sufficiet. Alioquin, quam ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intellegi potest.

§ 7. Quarum quædam *ex legibus*, vel ex his, quæ legis vicem obtinent, vel *ex ipsius prætoris jurisdictione*, substantiam capiunt.

Il suffit d'avoir donné ces exemples; du reste, les exceptions sont nécessaires dans une infinité de cas, ainsi qu'on peut le voir dans le Digeste et dans les Pandectes.

Certaines exceptions viennent de la loi ou des actes qui en ont la force, et elles viennent surtout de la juridiction du préteur.

Comme exemple d'exceptions venant de la loi, on peut citer l'*exceptio legis Cinciæ*; puis les sénatus-consultes Velléien et Macédonien avaient également créé des exceptions; mais leur source la plus abondante se trouvait dans la juridiction honoraire. Les préteurs les formulaient sur l'*album*; ils en créaient de nouvelles quand le besoin s'en faisait sentir; enfin, à l'aide d'un mécanisme que nous connaissons déjà, ils étendaient quelquefois l'exception d'un cas prévu à un cas imprévu, ce qui constituait des exceptions utiles. C'est ce que formule ainsi le jurisconsulte Ulpien : « Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est (1). »

Le défendeur avait le droit de faire insérer successivement plusieurs exceptions dans la formule; ainsi on pouvait prétendre qu'on était dans le cas du sénatus-consulte Macédonien, et subsidiairement qu'il y avait eu pacte *ne petatur* (2).

Le préteur pouvait admettre ou repousser les exceptions. Quand il les admettait, on les insérait dans la formule entre l'*intentio* et la *condemnatio*; telle est du moins l'opinion générale. M. de Savigny croit cependant qu'elles faisaient partie de la *condemnatio*, il se fonde sur le paragraphe suivant de Gaïus.

§ 119. Omnes autem exceptiones *in contrarium* concipiuntur, quam affirmat is cum quo agitur; nam si, verbi gratia, reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit quam non numeravit, sic exceptio concipitur : SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT. Item si dicatur contra pactionem pecunia peti, ita concipitur exceptio : SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT, NE EA PECUNIA PETERETUR. Et denique in cæteris causis similiter concipi solet ; ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur ut *conditionalem* faciat condemnationem, id

Toutes les exceptions sont rédigées en sens contraire de l'affirmation du demandeur; car si le défendeur prétend qu'il y a dol du demandeur, qui réclame, par exemple, une somme qu'il n'a pas comptée, l'exception sera ainsi rédigée : « Si, dans cette affaire, il n'y a pas eu et il n'y a pas dol d'Aulus Agérius. » De même, si on prétend que l'argent est réclamé contrairement à un pacte, l'exception est ainsi conçue : « S'il n'a pas été convenu entre Aulus Agérius et Numérius Négidius que cet argent ne serait point demandé. » Et il en est de même dans les autres cas. Cela a lieu, parce que toute exception est opposée par le défendeur, et elle est insérée dans la for- Gaïus, C. IV.

(1) F. 21, *de præscriptis verbis*. D. 19, 5. — (2) F. 5, 8, *de exceptionib*. D. 44, 1.

est, ne aliter judex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re qua de agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter judex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit.

mule de manière à rendre la condamnation conditionnelle, c'est-à-dire que le juge ne doit condamner le défendeur qu'autant qu'il n'y a pas eu dol du demandeur. De même que le juge ne doit condamner que s'il n'y a pas eu pacte *ne petatur*.

Les expressions *ut conditionalem faciat condemnationem* indiqueraient la place de l'exception après la *condemnatio*. Mais il nous semble plus probable que l'exception, étant l'affirmation contraire à la demande, devait être placée immédiatement en regard, afin que le juge pût examiner simultanément les deux prétentions; nous pensons donc, avec la majorité des auteurs, que l'exception faisait suite à l'*intentio*.

Exceptions péremptoires et dilatoires.

Les exceptions étaient divisées en diverses classes.

Instit., l. IV, tit. XIII.

§ 8. Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ et peremptoriæ, aliæ temporales et dilatoriæ.

Les exceptions sont dites les unes perpétuelles et péremptoires, les autres temporaires et dilatoires.

§ 9. Perpetuæ et peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, et semper rem, de qua agitur, *perimunt;* qualis est exceptio doli mali, et quod metus causa factum est, et pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur.

Les exceptions perpétuelles et péremptoires sont celles qui peuvent toujours être opposées au demandeur, et qui éteignent l'affaire dont il s'agit; telles sont les exceptions de dol, de violence et de pacte, quand il a été convenu qu'on ne demanderait jamais la somme due.

Pour assurer l'effet des exceptions perpétuelles, les préteurs donnaient même la *condictio indebiti* aux plaideurs qui avaient négligé, par erreur, de les opposer (1).

§ 10. Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt; qualis est pacti conventi, cum convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium. Nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo hi, quibus intra tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, et post tempus agere: ideo enim et dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioquin, si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quicquam consequerentur propter exceptionem; nec post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant et consumebant, *qua ratione rem amittebant*. Hodie autem non ita stricte hæc procedere volumus, sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus

Sont temporaires et dilatoires les exceptions qui nuisent pour un temps, et qui font obtenir un délai; telle est l'exception de pacte, lorsqu'il est convenu qu'on n'agira pas pendant un certain délai; par exemple, pendant cinq ans; car une fois ce délai écoulé, le demandeur peut reprendre la poursuite. Il faut donc que ceux auxquels on peut opposer l'exception de pacte ou toute autre semblable retardent leur action et ne poursuivent qu'après l'expiration du délai, c'est pour cela que ces exceptions sont appelées dilatoires. Autrement, s'ils agissaient dans le délai, et qu'on leur opposât l'exception, ils n'obtiendraient rien par ce procès, à cause de l'exception même; et ils ne pouvaient plus autrefois recommencer le litige qu'ils avaient épuisé en l'intentant témérairement; de cette manière ils perdaient tous leurs droits. Mais aujourd'hui nous

(1) F. 26, § 3, *de condict. indebiti*. D. 12, 6.

est, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de his, qui tempore plus petierunt, protulit, ut et inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel natura actionis continet, contempserat, *in duplum* habeant hi, qui talem injuriam passi sunt, et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint, ut actores, tali pœna perterriti, tempora litium doceantur observare.

ne voulons pas procéder avec autant de rigueur, et nous décidons qu'il faut appliquer la constitution de Zénon à celui qui agit avant le terme fixé par le pacte ou par la convention principale; alors, si on a demandé plus *tempore*, le défendeur aura un délai double, et quand il sera écoulé, on ne pourra le poursuivre qu'après lui avoir remboursé tous les frais de la première instance, afin que les demandeurs, effrayés par une telle pénalité, apprennent à respecter les délais des procès.

Exception *litis residuæ*.

Gaïus donne deux exemples d'exceptions dilatoires : l'un, qui nous est déjà connu, est l'exception *litis dividuæ*, pour le cas de *minus petitio* dans l'*intentio* de la formule; l'autre s'applique à l'exception *rei residuæ*. Quand une personne avait plusieurs actions à diriger contre le même défendeur et qu'elle intentait les unes mais non les autres, pour obtenir des formules successives et tourmenter ainsi le débiteur plusieurs fois, on avait décidé qu'elle serait obligée d'attendre la fin de la préture actuelle pour obtenir une seconde formule : « Item si is, qui cum *eodem* plures lites habebat, de quibus« dam egerit, de quibusdam distulerit, *ut ad alios judices agantur*, « si intra ejusdem præturam, de his quæ ita distulerit, agat, per « hanc exceptionem, quæ appellatur *rei residuæ*, summovetur (1). »

Les exceptions dilatoires devaient être nécessairement opposées *in jure*, sans cela on était censé y renoncer et on n'accordait pas facilement la *restitutio in integrum* (2).

Des répliques dupliques, etc.

La rédaction de l'*intentio* et de ses annexes n'était pas toujours terminée par l'admission des exceptions opposées par le défendeur; le demandeur lui-même pouvait faire ajouter en réponse ce qu'on appelait des répliques; enfin elles étaient suivies elles-mêmes de dupliques, tripliques, etc.

Instit., l. IV tit. XIV.

Pr. Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videatur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quæ *replicatio* vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut petere creditori liceat; si agat creditor, et excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, *si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat*, nocet ei exceptio (convenit enim ita : namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sunt);

Il arrive parfois que l'exception, juste au premier aspect, soit inique en réalité. Lorsque cela arrive, il faut une seconde allégation pour aider le demandeur, et on l'appelle *replicatio*, parce qu'elle sert à répondre à l'exception et à la détruire. Ainsi, un débiteur est convenu par pacte qu'on ne le poursuivrait pas, puis on fait une nouvelle convention par laquelle on convient qu'on le poursuivra; si le créancier agit, et que le débiteur oppose l'exception, il triomphera, parce qu'il a été convenu que l'argent ne serait pas demandé; et ceci demeure vrai malgré le pacte contraire; mais, comme il est

(1) G. C. IV, § 122. — (2) G. C. IV, § 125.

sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

injuste de repousser le créancier, on lui donnera une réplique en vertu du dernier pacte.

Ainsi la réplique est une exception opposée à une première exception; elle est utile dans les actions strictes dont les formules lient le juge, et même dans les actions de bonne foi, quand il y a une exception *in factum*, car il faut alors établir le fait contraire à celui qui est allégué (1).

§ 1. Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa sit, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia, quæ *duplicatio* vocatur.

La réplique à son tour peut produire des effets iniques, bien qu'elle paraisse d'abord équitable. Alors il faut venir au secours du défendeur par une nouvelle allégation appelée duplique.

§ 2. Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam inique actori noceat, rursus allegatione alia opus est, qua actor adjuvetur, quæ dicitur *triplicatio*.

Et si cette duplique, juste au premier abord, nuit injustement au demandeur, on ajoutera une nouvelle mention pour le protéger, et on l'appelle la triplique.

§ 3. Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit; quas omnes apertius ex latiore Digestorum volumine facile est cognoscere.

Quelquefois l'usage de ces exceptions est encore poussé plus loin, suivant la variété des affaires; c'est un point qu'il est facile de connaître avec plus de détail en étudiant le Digeste.

Il est fort probable que dans la pratique on n'allait guère au delà de la réplique; il y a cependant au Digeste un exemple de duplique dans le Fragment 7, § 1, *de Curatoribus furioso*, D. 27, 10. Et il faut remarquer que dans les deux seuls textes où il est question de réponse faite à la réplique, on l'appelle *triplicatio*, probablement parce qu'elle venait en troisième ordre : 1° l'exception; 2° la réplique; 3° la duplique (2).

Exceptions personæ et rei cohærentes. Pour terminer ce qui concerne les exceptions, nous devons faire remarquer que les unes étaient attachées à la personne, *personæ cohærentes*, et ne pouvaient pas être invoquées par les coobligés; ainsi l'exception de la minorité, ainsi l'exception du bénéfice de compétence, *quod facere possit*, tandis que les autres exceptions étaient *rei cohærentes*, inhérentes à l'affaire elle-même, et pouvaient être invoquées par toute personne qui avait intérêt à établir l'extinction de la dette, même au point de vue de l'équité. Telles étaient les exceptions *rei judicatæ, de dolo, quod metus causa*, etc.

§ 4. Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus : et recte, quia, quod ab his petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est eis, quod hi

Les exceptions à l'aide desquelles le débiteur se défend sont ordinairement données à ses fidéjusseurs, et cela avec raison, car ce qu'on leur demande est en quelque sorte demandé au débiteur, contre lequel ils recourent par l'action

(1) Julien donne un autre exemple de réplique. — F. 24, *de except. rei judic.* D. 44, 2. — Cf. G. C. IV, § 126. = (2) Cf. F. 27, § 1, *de curator. furioso*. D. 27, 10, et F. 2, § 3, *de exceptione*. D. 44, 1.

pro eo solverint. Qua ratione et, si de non petenda pecunia pactus sit qui cum reo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati essent, ac si et cum ipsis pactus esset, ne ab eis ea pecunia peteretur. *Sane quædam exceptiones non solent his accommodari.* Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem *nisi bonis cesserit* : sed hæc exceptio fidejussoribus non datur, scilicet ideo, quia, qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab his, quos pro eo obligavit, suum consequi.

mandati, après avoir payé pour lui. On a donc décidé que si on a fait le pacte *ne petatur* avec le débiteur, on donnerait l'exception *pacti* aux personnes engagées pour lui, comme si elles avaient fait elles-mêmes la convention ; mais il y a des exceptions qu'on ne leur donne pas. Ainsi, lorsqu'un débiteur a fait cession de ses biens, et que ses créanciers le poursuivent, il se défend par l'exception *nisi bonis cesserit* ; mais cette exception n'est pas donnée aux fidéjusseurs, car celui qui fait intervenir des tiers pour garantir la dette, a précisément en vue de pouvoir obtenir d'eux le remboursement, si le débiteur devient insolvable.

Ici se terminent toutes les explications qui concernent l'*actionis postulatio* et la rédaction de la formule; mais avant de passer à l'acte par lequel finit la procédure *in jure*, à la *litis contestatio*, nous devons rappeler que certains incidents pouvaient se présenter devant le magistrat. Déjà nous savons que le procès pouvait être arrêté par l'aveu, *confessio in jure*, ou bien par la délation du serment, *jusjurandum necessarium* (1). Il y avait encore deux incidents assez fréquents : 1° la nécessité de donner la caution *judicatum solvi*; 2° les *interrogationes in jure*. Incidents.

1° *Caution judicatum solvi.*

Cette caution, d'origine prétorienne, était en quelque sorte une charge de la possession; elle était donnée par fidéjusseurs (2) ou *sponsores*. Caution *judicatum solvi.*

Gaius, C. IV.

§ 89. Si in *rem* tecum agam, satis mihi dare debes : æquum enim visum est, *te* de eo quod interea tibi rem quæ an ad te pertineat dubium *est* possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere ut, si victus sis, rem nec ipsam restituas, nec litis æstimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis.

Si j'intente contre toi l'action *in rem*, tu dois me donner caution ; il a paru équitable, puisque tu gardes la possession d'une chose dont la propriété est douteuse, que tu me donnes des garanties pour le cas où tu serais vaincu, afin que si tu ne rends pas la chose, et si tu ne payes pas l'estimation du procès, je puisse agir contre toi ou contre les *sponsores*.

Tout défendeur à une action *in rem* devait donner cette caution, sans cela le demandeur intentait l'interdit *quem fundum, quam hereditatem, quem usumfructum*, en vertu duquel il se faisait mettre lui-même en possession, à charge de donner la caution, et alors il prenait le rôle de défendeur (3). Interdit *quem fundum.*



(1) V. supra *Théorie des preuves*, p. 363 = (2) F. 2, 14, 21, *judicatum solvi*. D. 46, 7. = (3) V. F. Vatic., § 92, et le fragment d'Ulpien découvert en 1836.

Clauses de la caution *judicatum solvi.*

La caution *judicatum solvi* comprenait trois clauses : 1° *de re judicata;* 2° *de re defendenda;* 3° *de dolo* (1).

De re judicata, c'est-à-dire que le fidéjusseur s'engageait à payer, si le défendeur n'exécutait pas la condamnation.

De re defendenda, c'était pour assurer que le possesseur viendrait défendre au procès.

De dolo, le fidéjusseur répondait du dol actuel ou futur, mais non pas du dol passé, à moins de convention spéciale (2).

Cette caution n'était pas ordinairement donnée par les défendeurs à l'action *in personam;* le préteur l'exigeait cependant pour le *judicatum,* le *depensum,* et le cas où il y avait un héritier suspect (3).

La caution *judicatum solvi* n'était appliquée que lorsqu'il y avait revendication par la *formula petitoria* du droit honoraire.

2° *Interrogationes in jure.*

Interrogationes in jure.

Quand les parties n'étaient pas d'accord sur leurs qualités respectives, on procédait, devant le magistrat, à des interrogations auxquelles il fallait répondre; ainsi, pour éviter la plus-pétition, je demande à un héritier de mon débiteur pour quelle part il a recueilli la succession; ainsi on demande au possesseur de la maison qui menace ruine s'il en est réellement propriétaire, etc. (4). Celui dont la réponse était mensongère devait être condamné *in solidum.*

En principe, on était lié par les réponses faites aux interrogations; cependant, on pouvait quelquefois obtenir la restitution en entier, en prouvant qu'il y avait eu une juste cause d'erreur (5).

Lorsque tous les actes dont nous venons de parler étaient accomplis devant le magistrat, on arrivait à la *litis contestatio,* acte qui avait des conséquences très-importantes dans la procédure.

DE LA LITIS CONTESTATIO.

Litis contestatio.

Sa forme.

Dans l'ancien droit, les parties qui venaient *in jure* amenaient avec elles des témoins, et lorsqu'après toutes les formalités le magistrat avait délivré la formule, on leur disait « Testes estote, » soyez témoins que telle formule a été accordée; de là le nom de *litis contestatio.*

Quand l'usage de l'écriture devint plus fréquent, la formule cessa d'être orale, mais dans la pratique, on conserva comme symbole la *litis contestatio* avec sa forme; c'était un acte solennel qui terminait d'une manière bien précise toute la procédure *in jure.*

Des auteurs avaient voulu placer la *litis contestatio* devant le juge, mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée.

(1) F. 6, *judicat. solvi.* D. 46, 7. = (2) F. 19, pr., et § 2, *judicat. solvi.* D. 46, 7. = (3) G. C. IV, § 25, 102. = (4) F. 1, 10, *de interrogat. in jure.* D. 11, 1. — (5) F. 11, § 8, 10, 11, *de interrogat. in jure.* D. 11, 1.

M. de Savigny pense que le magistrat appelait ordinairement le *judex* pour assister à la rédaction de la formule, quand il était sur les lieux, sans que cela fût cependant indispensable (1).

La *litis contestatio* produisait des effets très-importants, dont voici le résumé :

1° La *litis contestatio* engageait définitivement le procès et rendait la condamnation possible, même quand le défendeur ne comparaîtrait pas devant le juge. 1. Effet. Elle constitue un quasi-contrat judiciaire.

Ce résultat venait de ce que les Romains considéraient la *litis contestatio* comme faisant naître l'engagement de défendre au procès jusqu'à la fin; il y avait là une sorte d'obligation *quasi ex contractu* de se représenter *in judicio*; aussi les jurisconsultes disaient-ils souvent : « Judiciis contrahimus. » Et Ulpien, parlant de l'action *de peculio* dirigée contre le père du chef des fils de famille, disait : « Nam sicut in *stipulatione* contrahitur cum filio, ita *judicio* con« trahi (2). » Cette première notion est très-importante à bien saisir : de ce que le défendeur est resté *in jure* jusqu'à la rédaction de la formule, de ce qu'il y a fait insérer des exceptions, etc., on en conclut qu'il y a une sorte de convention tacite, un engagement de continuer à défendre au procès.

De cette idée d'obligation contractée est découlé un second effet, qu'il faut cependant restreindre dans de justes limites : on dit que la *litis contestatio* opère novation; ce principe est souvent formulé dans les textes. Nous trouvons dans le § 263 des *Fragmenta vaticana* : « Aut inchoatis litibus actiones *novaverit*. » Paul dit, dans le Fragment 29, *de novationibus*, D. 46, 2. « Aliam causam esse no« vationis voluntariæ, aliam *judicii accepti* multa exempla osten« dunt. » Enfin Gaïus formule la même idée dans le paragraphe suivant. 2. Effet. Novation.

§ 180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo *legitimo judicio* fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione : sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri ; et hoc (*est*) quod apud veteres scriptum est, *ante litem contestatam, dare debitorem oportere, post litem contestatam, condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere.*

L'obligation est encore éteinte par la *litis contestatio*, si nous agissons par un *judicium legitimum*; car alors l'obligation principale est dissoute, et le débiteur est tenu en vertu de la *litis contestatio*; et, s'il est condamné, la *litis contestatio* disparaissant, il commence à être tenu en vertu du *judicatum* ; et c'est là ce qui a été écrit chez les anciens. Avant la *litis contestatio*, il faut que le débiteur donne; après la *litis contestatio*, il faut qu'il soit condamné; après la condamnation, il doit exécuter la sentence. Gaius, C. III.

Mais il faut bien se garder d'exagérer cette idée de novation, car Conditions pour qu'il y ait novation.

(1) F. 28, § 1. – F. 39. pr., *de judiciis*. D. 5, 1. = (2) F. 3, § 11, *de peculio*. D. 15, 1.

elle n'est vraie qu'autant que le procès réunit les trois caractères que voici :

1° Une action *in personam*; 2° une formule *in jus*; 3° un *judicium legitimum*.

On comprend très-bien qu'à la place d'une promesse de mille sesterces on mette l'engagement de se présenter devant le juge pour subir une condamnation, si on est débiteur; alors on est tenu *ex litis contestatione*. Mais dans une action *in rem*, toutes les conventions expresses ou supposées ne peuvent pas changer la nature de la question; il s'agit de savoir si le demandeur est ou n'est pas propriétaire, et c'est là un droit qui n'est pas susceptible de novation.

Dans la formule *in factum* il y a la même impossibilité de nover. Le juge a pour mission d'examiner si tel fait a eu lieu, si Paul a reçu un dépôt, par exemple. La convention de comparaître *in judicio* ne change pas la question à décider.

Enfin dans les *judicia quæ in imperio continebantur*, la novation n'avait pas lieu, par une raison qui nous échappe, car on ne voit pas pourquoi le *judicium in personam*, organisé à Naples entre deux citoyens romains, ne permettait pas de dire : « Tunc obligatio principalis dissolvitur. »

Quoi qu'il en soit, c'est cette différence entre les cas où la *litis contestatio* opère novation qui explique pourquoi, après la sentence, il est tantôt inutile, tantôt indispensable d'opposer l'exception *judicati* au demandeur qui recommence le procès.

Lorsqu'il y a eu novation *post litem contestatam judicari oportet*, il faut obtenir une sentence; telle est la nouvelle obligation qui remplace l'ancienne. Lorsque le juge a prononcé, il y a eu accomplissement de l'engagement, donc *solutio*, ce qui constitue, comme nous le savons, un mode d'extinction *ipso jure*.

Dans les autres *judicia*, comme il n'y a pas novation, le droit continue à exister, la sentence ne le détruit pas, car elle ne figure point parmi les modes d'extinction des obligations; donc le défendeur qui a été repoussé peut commencer un second procès. Mais comme l'équité serait violée si on pouvait indéfiniment soulever une prétention qui a déjà été déclarée mal fondée, on permet au vainqueur d'opposer l'exception *rei judicatæ*, ou *rei deductæ in judicio*.

Du reste, la novation judiciaire diffère, quant à ses effets, de la novation conventionnelle. Celle-ci détruit ordinairement toutes les sûretés accessoires qui garantissaient l'exécution de la première obligation; la *litis contestatio* les laisse subsister (1), si ce n'est,

(1) F. 29, *de noval.* D. 46, 2.

comme nous l'avons vu, pour les fidéjusseurs et les *correi promittendi* (1).

3. Effet. Les actions deviennent perpétuelles et transmissibles.

Quand il y avait eu *litis contestatio*, les actions temporaires prenaient un caractère de durée tout différent; l'expiration du délai n'empêchait pas la sentence; c'est ce que Gaïus formulait en disant: « Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ « judicio salvæ permanent (F. 139 *de regulis juris*. D. 50, 17). » De plus, toutes les actions, même pénales, devenaient transmissibles aux héritiers du créancier, et contre les héritiers du débiteur (2). « Sciendum est *ex omnibus* causis lites contestatas et in heredem « similesque personas transire. » Il faut savoir qu'après la *litis contestatio*, toutes les actions, quelle que soit leur cause, passent contre les héritiers et les personnes dont la condition est la même (3).

Le double effet que nous constatons ici ayant lieu dans tous les cas sans distinction, on ne peut pas l'expliquer par le principe de la novation judiciaire, puisqu'elle n'a lieu que pour des formules toutes particulières; mais nous pensons qu'on en trouve la raison dans la convention supposée au moment de la *litis contestatio*, d'aller jusqu'à la fin du procès et de se soumettre à la sentence. Il y a là une obligation qui doit avoir sa *solutio* et qui est transmissible aux héritiers; on applique le principe *judiciis contrahimus*.

4. Effet. Détermination des objets et des personnes.

Au moment de la *litis contestatio*, il y a détermination des choses qui font l'objet du procès et des personnes qui y figurent, de telle sorte qu'on ne peut plus y apporter ensuite aucune modification. C'est là un effet très-important pour la plus-pétition et pour les exceptions qu'on veut opposer.

En ce qui touche les personnes, nous trouvons un exemple remarquable de l'effet produit par la *litis contestatio* pour les actions noxales. Si celui qui a souffert du délit commis par un esclave l'achète avant la *litis contestatio*, toute action devient impossible, par une sorte de confusion. Si, au contraire, il achète l'esclave après la *litis contestatio*, le procès continue, car il est fixé sur la tête du vendeur (4).

Il y avait cependant quelquefois *translatio judicii*, changement de plaideurs, après la *litis contestatio*; mais cela ne pouvait avoir lieu que *cognita causa*, si, par exemple, on voulait faire nommer ou remplacer un *procurator*; de même pour le fidéjusseur, s'il voulait dé-

(1) M. de Savigny explique la libération du fidéjusseur en disant que la formule donnée contre le débiteur principal et le débiteur accessoire était la même. On pouvait donc opposer l'*exceptio rei deductæ in judicio*. = (2) F. 18, *de injuriis*. D. 47, 10. = (3) F. 58, *de obligat. et act*. D. 44, 7 — F. 8, *de fidejussorib*. D. 46, 1. = (4) F. 37, 38, *de noxal. actionib*. D. 9, 4.

fendre à la place du débiteur principal qui se cachait, etc. (1).

5. Effet. Inaliénabilité des choses litigieuses.

Le détenteur d'une chose litigieuse ne pouvait plus l'aliéner après la *litis contestatio*; il en devenait dépositaire, en quelque sorte, et il n'avait plus le droit d'en disposer. Déjà la loi des douze Tables condamnait au double de la valeur celui qui consacrait aux dieux une chose litigieuse, et du temps de Gaïus on applique le même principe (2). Un édit d'Auguste, mentionné dans le Fragment de Paul, *de jure fisci*, § 8, porte que la vente de la chose litigieuse est nulle vis-à-vis du demandeur, et que l'acheteur doit payer au fisc une amende de cinquante sesterces (3). Zimmern pense que le vendeur devait aussi payer une amende proportionnée à la valeur de la chose litigieuse.

6. Effet. Obligation de rendre la chose et ses produits.

Enfin la *litis contestatio* rend le détenteur responsable de la conservation de la chose et comptable de tous ses produits. Il n'est pas vrai de dire que par la poursuite le détenteur soit constitué de mauvaise foi, car il peut avoir la conviction qu'il est propriétaire et que son adversaire a tort; mais comme il sait que le résultat de la procédure peut lui être défavorable, il n'a plus le droit de détruire ou de négliger la chose litigieuse (4). Puis il faut tenir compte de tous les fruits et de tous les produits; mais on ne serait pas responsable des cas fortuits, à moins qu'il n'y eût eu mauvaise foi et mise en demeure, ce qui constitue une question toute différente (5).

Pour résumer cette question, nous rappellerons que la marche de la procédure *in jure* est celle-ci : 1er acte, *vocatio in jus*; 2e acte, *editio actionis*; 3e acte, *vadimonium*; 4e acte, *postulatio actionis*; 5e acte, la *litis contestatio*.

SECTION II. — Procédure in judicio.

Sommaire. — 1. *Comparution devant le* judex. — 2. *Administration des preuves.* — 3. *Sentence.* — 4. Judicia extraordinaria. — 5. *Procédure contre les contumaces.*

Quand les parties ont fait la *litis contestatio*, elles doivent se rendre devant le *judex* ou les *recuperatores*; il est probable qu'il intervenait entre elles des stipulations pour fixer le délai de la comparution, mais il n'y a plus de *comperendinatio* officielle, comme sous le système des actions de la loi.

Devoir du *judex*.

Le *judex*, comme nous le savons, ne pouvait pas refuser de juger sans des raisons graves, ainsi la maladie, un voyage indispensable, des affaires importantes à terminer (6). La sentence devait être

(1) F. 16, 17, 27, 42, § 7, 46, *de procuratorib.*, 3, 3. — L. 22, Cod., *de procuratorib.*, 2, 13.—F. 1, § 2, *quibus modis pignus.* D 20, 6.—F. 45, *mandati.* D. 17, 1.— Add. Zimmern, § 119, = (2) F 3, *de litigiosis.* D. 44, 6. = (3) F. 1, *de jure fisci.* D. 49, 14.—G. C. IV, § 117. = (4) F. 33, 36, § 1. — F. 51, *de rei vindicatione.* D. 6, 1. — F. 31, *de rebus credit.* D. 12, 1. — F. 25, § 2. — F. 40, *de petit. hereditat.* D. 5, 3. = (5) F. 17, § 1. — F. 20, 33, § 1, *de rei vindicatione.* D. 6, 1. — F. 25, § 9. — F. 27, 29, *de petit. hereditat.* D. 5, 3. = (6) F. 18, *de judiciis.* D. 5, 1. — F. 13, *de vacatione.* D. 50, 5.

rendue dans un délai déterminé, ou bien le juge déclarait *sibi non liquere*; il pouvait se faire assister par des jurisconsultes, et enfin il avait la faculté de consulter les magistrats sur les points de droit, mais non pas sur les questions de fait. « Judicibus *de jure* dubitan« tibus præsides respondere solent; de facto consulentibus non « debent præsides auxilium impertire, verum jubere eos, prout re« ligio suggerit, sententiam proferre (1). » Le *judex* dirigeait les débats et pouvait accorder des remises quand il y avait nécessité de se procurer un supplément de preuves, ou quand l'affaire ne devait pas se terminer le même jour (2).

Chaque partie faisait ses preuves, comme nous l'avons indiqué; le demandeur prouvait l'exactitude de l'*intentio*, le défendeur établissait la vérité de ses exceptions; on prouvait par titres ou par témoins, quelquefois on invoquait des présomptions; et nous savons que les avocats faisaient intervenir les preuves dans leurs plaidoiries pour appuyer leurs moyens. Quand le *judex* se trouvait suffisamment éclairé, il arrêtait le cours des débats en prononçant la formule : *Dixerunt.*

Si le juge absolvait le défendeur, s'il déclarait *sibi non liquere*, il n'y avait pas de difficulté; lorsqu'il pensait, au contraire, qu'il fallait condamner la personne poursuivie, il y avait lieu à distinguer. Dans les actions arbitraires, avant d'arriver à la *condemnatio*, le juge émettait une *pronuntiatio*. Dans la paraphrase de Stéphane, on trouve la formule anciennement usitée. Le juge dit : « Il est constant que telle chose appartient au demandeur, et maintenant il faut que le défendeur, ou restitue la chose, ou soit condamné d'après le serment du demandeur (3). » Dans les autres procès, il prononçait la condamnation pécuniaire, en se conformant aux termes de la formule, dans les cas où il y avait une *intentio certa*. Dans les autres hypothèses, voici quelle était la base généralement adoptée : 1° dans les actions *stricti juris*, on se reportait au moment de la *litis contestatio* (4); 2° dans les actions de bonne foi et dans les actions libres, on faisait le calcul au moment de la sentence (5); 3° dans le cas de délits, l'évaluation avait lieu suivant l'intérêt, *id quod interest*, au moment où l'acte illicite avait été commis, si ce n'est quand il y avait eu augmentation de valeur de la chose depuis cette époque, car on prenait alors le chiffre le plus élevé comme base du calcul (6).

Pronuntiatio.

Bases suivies dan la condamnation pecuniaire.

Dans tous les cas, la condamnation devait être prononcée orale-

La sentence est prononcée oralement.

(1) F. 79, § 1, *de judiciis.* D. 5, 1. = (2) F. 7, *de feriis et dilationib.* D. 2, 12. = (3) V. M. Pellat, *De la Revendication*, p. 184. = (4) F. 3, § 2, *commodati.* D. 13, 6. = (5) F. 3, § 2, *commodati.* D. 13, 6. — F. 70, *de evictione.* D. 21, 2. = (6) F. 8, § 1, *de condict. furtiva.* D. 13, 1.

ment; rien n'empêchait d'écrire d'avance la sentence, cela fut même exigé sous le système des *judicia extraordinaria* (1). La décision devait être motivée et prononcée, à peine de nullité, en présence de toutes les parties ou elles dûment appelées. Une fois la sentence rendue, l'office du juge était entièrement terminé, on ne lui permettait même pas de corriger les erreurs qu'il avait commises (2). « Semel enim bene seu male officio functus est. »

Judicia absolutoria. A l'occasion de la procédure *in judicio*, il s'était élevé une question entre les deux écoles. Le défendeur pouvait-il toujours éviter la condamnation en exécutant avant que le juge eût prononcé? La solution avait une grande importance pratique pour les actions infamantes et pour celles *quæ adversus inficientes crescebant in duplum*, car celui qui se voyait sur le point d'être condamné pouvait exécuter et demander son absolution: les Sabiniens la lui accordaient toujours; les Proculéiens, au contraire, la refusaient à cause de l'engagement pris lors de la *litis contestatio*: « Post litem contestatam condemnari oportet. »

Gaius, C. IV. § 114. Suprest ut dispiciamus, si ante rem judicatam is cum quo agitur, post acceptum judicium, *satisfaciat actori*, quid officio judicis conveniat: utrum *absolvere*, an ideo potius damnare, quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat. Nostri præceptores *absolvere eum debere existimant;* nec interest cujus generis fuerit judicium: et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere, omnia judicia esse absolutoria.

Il nous reste à voir ce que doit faire le juge, si, après la *litis contestatio*, le défendeur satisfait le demandeur: doit-il l'absoudre, ou doit-il le condamner parce qu'il était dans le cas d'encourir la condamnation au moment où l'affaire a été liée. Nos maîtres pensent qu'il doit l'absoudre sans distinguer l'espèce d'action; c'est ce qui fait dire que Sabinus et Cassius déclarent tous les *judicia absolutoria*.

Là s'arrête la partie lisible du manuscrit, mais tout porte à croire que dans la fin du paragraphe, Gaïus énonçait l'opinion contraire, comme étant celle des Proculéiens, du moins pour les actions de droit strict. Le système sabinien est suivi aux Institutes.

Instit., l. IV, tit. XII. § 2. Superest, ut admoneamus, quod, *si ante rem judicatam* is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat; et hoc est, quod ante vulgo dicebatur, omnia judicia esse absolutoria.

Nous devons avertir que si le défendeur satisfait le demandeur avant la sentence, il doit être absous, bien qu'il fût dans le cas d'être condamné au commencement du procès; c'est pour cela qu'on disait autrefois que tous les *judicia* étaient *absolutoria*.

Judicia extraordinaria. Telle était la marche de la procédure ordinaire, mais il y avait des cas dans lesquels le magistrat prononçait lui-même, au lieu de renvoyer devant un *judex*; on appelait alors le procès un *judicium*

(1) F. 59, § 1. — F. 60, *de re judicata*, D. 42, 1. — L. 2, Cod., *de sententiis*, 7, 44. = (2) F. 55, *de re judicata*. D. 42, 1.

extraordinarium, ou une *cognitio extraordinaria*. Il est difficile de préciser les cas dans lesquels le magistrat pouvait ainsi retenir la connaissance du litige. M. de Savigny remarque cependant que tous les *judicia extraordinaria* étaient *in personam*, jamais on n'y voit figurer d'actions *in rem* ou d'actions pénales; enfin toutes les *cognitiones extraordinariæ* semblent se rapporter exclusivement aux institutions du droit civil et non aux institutions prétoriennes. Quand le préteur créait des actions, c'était toujours avec une formule qu'on devait porter devant le *judex* (1). Comme exemples des *judicia extraordinaria*, il faut citer les procédures touchant les fidéicommis, les *missiones in possessionem* des biens du débiteur insolvable, les questions concernant les honoraires des avocats et des médecins, les rétributions payées à certains maîtres, grammairiens, rhéteurs et géomètres, etc., etc. (2).

Il est probable que dans les *judicia extraordinaria*, le magistrat n'était pas tenu de prononcer une condamnation pécuniaire, et il n'y avait pas lieu à l'action *judicati*, parce qu'il faisait exécuter directement sa décision.

Quelquefois le magistrat, après avoir constaté le droit, renvoyait, pour estimer les sommes à payer, devant des arbitres qu'il choisissait lui-même (3).

APPENDICE AU CHAPITRE III. — PROCÉDURE CONTRE LES CONTUMACES.

On entend par contumace, dans la procédure romaine, celui qui par dol refuse de se présenter en justice, ou fait en sorte qu'on ne puisse pas l'appeler devant le magistrat. On pouvait, en effet, éviter la *vocatio in jus*, soit en se cachant, *latitando*, soit en se tenant toujours en dehors du lieu où il est possible d'assigner régulièrement le débiteur. Ce qu'on entend par contumaces.

Les préteurs obviaient à cela par les envois en possession de biens, *coercendi causa*. On allait même jusqu'à vendre le patrimoine de ceux qui se cachaient par fraude : « Bona veneunt vivorum, velut « eorum qui fraudationis causa latitant, nec absentes defendun- « tur (4). » Envoi en possession des biens.

C'était le moyen employé jusqu'à la *litis contestatio*. Quand une fois elle avait eu lieu, il pouvait se présenter deux hypothèses :

1° C'est le demandeur qui ne comparaît pas *in judicio*; le défendeur peut alors exiger que la sentence soit prononcée, et il sera ordinairement absous sans que l'adversaire puisse interjeter appel (5). Défaut du demandeur.

(1) M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. V, p. 70. = (2) V. Zimmern, § 75 et suiv., au Digeste, le titre *de extraordinariis cognitionib.* D. 50, 13, puis au Code, l. 1, *de ordine cognition.*, 7, 19. — L. 1, Cod., *de ordine judiciorum*, 3, 8. = (3) V. Zimmern, § 142. = (4) G. C. III, § 78. = (5) F. 28, pr., *de appellat.* D. 49, 1.

Cependant, s'il y avait *confessio*, ou s'il s'agissait simplement de faire l'évaluation d'une somme due pour une obligation non contestée, le juge prononçait la condamnation; mais on posait en règle : « Non solet quis absenti condemnari (1). »

Défaut du défendeur.

2° Si c'est le défendeur qui ne comparaît pas, on recourt à une procédure toute particulière. Le demandeur se présente devant le magistrat, qui lui remet trois avertissements publics, appelés *edicta*, et qu'on fait signifier au défendeur. Chaque édit est renouvelé de dix jours en dix jours; le dernier est appelé *peremptorium*, parce qu'il a pour but de mettre le contumace en demeure de se rendre devant le magistrat; celui qui organise le *judicium* déclare qu'il jugera sur la requête de la partie présente : « Etiam absente diversa « parte cogniturum se, et pronuntiaturum (2). » Suivant les cas, on ne signifiait que deux édits, ou même un seul, *unum pro omnibus*. Quand le délai était écoulé, on rendait la sentence, mais non pas toujours en faveur du demandeur; il fallait qu'il établit ses prétentions : « Non utique secundum præsentem, sed interdum vel absens « si bonam causam habuit vincet (3). »

Tria edicta. Edictum peremptorium.

La décision rendue contre le défaillant est appelée *eremodicium* (4).

Le défendeur condamné par défaut ne peut pas interjeter appel; il obtient cependant une *restitutio in integrum* quand il a eu de justes raisons pour ne pas se présenter (5).

TITRE III.

Voies pour attaquer les jugements. Modes d'exécution. Peines contre les plaideurs téméraires.

CHAPITRE PREMIER.

COMMENT ON ATTAQUE LES JUGEMENTS.

Sommaire. — 1. *Nullité du jugement.* — 2. *Restitutions en entier.* — 3. *Appel. Sa procédure, ses effets.*

Nullité de la sentence.

Quand une sentence a été rendue, il y a un premier moyen de l'attaquer, c'est de prétendre qu'elle est nulle, qu'elle n'a pas d'existence légale; ce qui est vrai dans les cas suivants : 1° quand on n'a pas observé les formes de la procédure; 2° si la sentence contient quelque chose d'impossible, ou qu'elle viole ouvertement une loi, par exemple, si un juge énonce que le nombre des enfants n'excuse jamais de la tutelle (6); 3° si la sentence n'est pas motivée; 4° si les

(1) F. 6, § 3, *de confessis*. D. 42, 2. = (2) F. 68-69-70, *de judiciis*. D. 3, 1. = (3) F. 73 75, *de judiciis*. D. 3, 1. = (4) F. 7, § 12. — F. 13, pr., *judicatum solvi*. D. 46, 7. — L. 13, § 3-4, Cod., *de judiciis*, 3, 1. = (5) F. 73, § 3, *de judiciis*. D. 5, 1. = (6) F. 1, § 2-3, — F. 3, *quæ sententiæ sine appellat*. D. 49, 7.

récupérateurs ont été moins de trois pour la prononcer (1); 5° quand le juge est incompétent, et qu'il a outrepassé ses pouvoirs (2); 6° lorsque la sentence a été rendue en l'absence d'une des parties, ou après la mort de l'un des plaideurs auquel on avait signifié un *edictum peremptorium* (3); 7° si le juge a condamné une partie qui ne pouvait pas plaider sans représentant (4), etc.

Alors même que la sentence était valable en la forme, on pouvait l'attaquer au fond en employant divers modes.

Revocatio in duplum.

Restitutio in integrum.

On conserva d'abord la *revocatio in duplum*, dont nous avons parlé sous les actions de la loi, puis les préteurs créèrent les *restitutiones in integrum*. Cette institution était bien plus souvent appliquée aux engagements résultant des contrats ou des autres actes intervenus entre les particuliers, qu'aux sentences rendues par les juges; toutefois on en trouve des exemples : ainsi, quand un mineur a été condamné, quand une sentence a été rendue par suite de faux témoignage, ou sur pièces fausses, ou sur un faux serment déféré par le juge, etc. Mais la restitution n'est accordée que difficilement et en connaissance de cause; on préfère que les parties emploient la voie de l'appel (5).

Un magistrat pouvait accorder la *restitutio* contre ses sentences, celles de ses prédécesseurs et celles des magistrats inférieurs. Il n'y avait que l'empereur qui pût restituer contre ses décisions ou celles d'un juge délégué par lui. Quant aux magistrats municipaux, ils ne pouvaient pas accorder la restitution, même contre leurs propres sentences, parce qu'ils n'avaient que la *jurisdictio*, et non pas l'*imperium merum* (6).

De l'appel.

Ce fut pendant cette période que se développa l'institution de l'appel, telle que nous la connaissons.

Définition.

L'appel est le recours d'une partie à un magistrat supérieur pour lui soumettre la décision d'un magistrat inférieur, et lui en demander la réformation.

A qui on peut appeler.

Pendant la république, ce moyen n'existait point, parce qu'il n'y avait pas encore de hiérarchie entre les divers magistrats; mais à partir d'Auguste il en est autrement. A Rome, on appelle de tous les magistrats au préfet de la ville, puis du préfet de la ville à l'empereur, et, dans la suite, probablement au préfet du prétoire.

En Italie, on appela des *duumviri* aux *viri consulares* établis par Adrien, et de ces magistrats aux préfets de la ville ou à l'empereur.

(1) F. 39, *de re judicata*. D. 42, 1. = (2) F. 23, § 1, *de appellat*. D. 49, 1. = (3) F. 59, § 3, *de re judicata*. D. 42, 1. — L. 4. 7, Cod., *quomodo et quando judex*, 7, 43. = (4) L. 6, Cod., *quomodo et quando judex*, 7, 43. = (5) F. 33, *de re judicata*. D. 42, 1. — F. 31, *de jurejurando*. D. 12, 2. — Cod., *si ex falsis instrumentis*, 7, 58. — Paul. Sent., liv. V, tit. 1, § 10. = (6) F. 16, § 5. — F. 17, 18. pr., § 1. 4, *de minorib*. D. 4-4. — L. 1, Cod., *ubi et apud quem*, 2, 47. — L. 3, *si adversus rem judicatam*, 2, 27.

Dans les provinces, le premier degré d'appel avait lieu devant le gouverneur, puis on venait à Rome demander une décision au préfet du prétoire ou un *decretum* à l'empereur (1).

Il paraît qu'on ne pouvait saisir le tribunal impérial que si la somme dépassait un chiffre qui nous est inconnu; Justinien la fixa à vingt livres d'or (2).

En tous cas, on devait prendre garde à ne pas commettre d'erreur hiérarchique en appelant. Il n'y avait pas d'inconvénients à franchir un degré intermédiaire, et à aller, par exemple, directement devant l'empereur; mais il en était autrement si on avait saisi un juge égal ou inférieur: dans ce cas, la demande était rejetée, et on ne pouvait plus la renouveler (3).

Décision dont on peut appeler.

L'appel était ordinairement admis contre toute sentence, et on pouvait parcourir tous les degrés de la hiérarchie, même quand il y avait eu décision des centumvirs, car on appelait alors au préfet de la ville, et ensuite au préfet du prétoire (4). Toutefois, dans les affaires urgentes, dans les ouvertures de testaments, les *missiones in possessionem*, les ventes de gages, etc., l'appel n'était pas admis (5).

Procédure suivie sur l'appel.

Voici quelle était, en résumé, la procédure suivie sur l'appel.

On pouvait appeler au moment même de la sentence; il suffisait de dire: « Appello. » Après le jugement on avait deux jours, si on agissait en son propre nom, trois jours quand on plaidait comme représentant, *procuratorio nomine*; les jours étaient comptés comme *dies utiles* (6).

Litteræ appellatoriæ.

Pour appeler on remettait au juge des *litteræ appellatoriæ*, dans lesquelles on mentionnait: 1° le juge duquel on appelait; 2° le nom du demandeur; 3° celui du défendeur; 4° la sentence dont on appelait (7).

Apostoli.

Après cela, il fallait demander à ce même juge, et dans les cinq jours, des *litteræ dimissoriæ* ou *apostoli*, dans lesquelles il exposait probablement les raisons qui l'avaient déterminé à juger dans un sens plutôt que dans un autre. Si on ne demandait pas les *apostoli*, on était repoussé par une *præscriptio* (8). Le refus des *apostoli* de la part du juge, ou l'emploi de la violence pour empêcher la partie d'interjeter appel ne portait aucune atteinte au droit reconnu par la loi (9); mais il y avait des peines très-graves prononcées contre les coupables.

(1) F. 38, *de minorib.* D. 4, 4, — Tacite, *Annales*, liv. XIV, ch. XXVIII. = (2) L. 37, Cod., *de appellat.*, 7, 62. = (3) F. 1, § 3.—F. 21, § 1, *de appellat.* D. 49, 1.—F. 3, *de appellat. recipiend.* D. 49, 5. = (4) F. 27, § 3, *de inofficioso.* D. 5, 2.—F. 2, *de appellat. recipiend.* D. 49, 5. = (5) F. 7, *de appellat. recipiend.* D. 49, 5. = (6) F. 2, 3, § 4, *de appellat.* D. 49, 1. — F. 1, § 5, 6, 11, 12, 13, *quando appelland.* D. 49, 4. = (7) F. 1, § 4. — F. 3, 13, *de appellat.* D. 49, 1. = (8) Paul. Sent., liv. V, tit. XXXIV, § 1-2. = (9) F. 1, § 2, *de libellis dimissoriis.* D. 49, 6. — F. *de appellat.* D. 49, 1.

Dans les cinq jours de l'obtention des *apostoli*, l'appelant doit donner des fidéijusseurs, par lesquels il garantit que s'il succombe dans son appel il payera comme amende le tiers du litige (1). Caution.

Devant le magistrat supérieur, on doit indiquer les causes d'appel, et on ne peut plus les modifier ensuite (2). Le recours est déclaré *justum* ou *injustum*; dans ce dernier cas, la première sentence est confirmée, à partir du jour où elle a été rendue, et le perdant est condamné à rembourser au quadruple les frais faits pendant l'instance d'appel (3). Si le pourvoi est reconnu *justum*, on annule la décision du premier juge, et on prononce une nouvelle sentence. C'est là ce qu'on appelle, dans la procédure moderne, l'effet dévolutif de l'appel.

L'appel est suspensif.

L'appel était ordinairement suspensif, c'est-à-dire qu'on n'exécutait pas le premier jugement jusqu'à ce que le magistrat supérieur eût prononcé : « Ne præjudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio, an non sit. » Pendant le litige, tous les fruits et produits de la chose étaient déposés, pour être remis ensuite au gagnant (4). Il résulte des textes que l'appel était jugé par le magistrat lui-même, sans renvoi à un autre *judex*. Ulpien dit : « Si præfectus urbi judicem dederit, vel prætorio, *ipse* erit provocandus qui dederit judicem. » Modestin répète le même principe : « Dato judice a magistratibus populi Romani... ipsi tamen magistratus appellabantur (5). »

L'appel était jugé par le magistrat lui-même.

CHAPITRE II.

VOIES D'EXÉCUTION DES JUGEMENTS.

Sommaire. — 1. *Exécution sur la personne.* — 2. *Cession de biens.* — 3. *Exécution sur les biens.* — 4. *Bénéfice de compétence.* — 5. *Restriction des droits du créancier dans l'action* de peculio. — 6. *Exécution par abandon noxal.*

Délai de trente jours pour exécuter.

Après la sentence, on attendait trente jours avant d'exécuter; quelquefois ce délai était augmenté ou diminué, suivant qu'il y avait nécessité de le faire : « Qui pro tribunali cognoscit non semper tempus judicati servat, sed nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat pro causæ qualitate (6). » Le droit prétorien accordait jusqu'à deux mois, suivant les circonstances. Si le condamné voulait nier l'existence du jugement, on intentait contre lui une action *judicati*, à laquelle il pouvait défendre en donnant la caution *judicatum solvi*; s'il succombait, il était condamné *in duplum* (7).

(1) Paul Sent, liv. V, tit. 33, § 1, 7, 8. — L. 6, § 6, Cod. *de appellat.*, 7, 62. = (2) F. 3, § 3. — F. 13, § 1. *de appellat.* D. 49, 1. — F. 41, *familiæ erciscund.* D. 10, 2. = (3) F. 6, § 1, *de his qui notantur.* D. 3, 2.—Paul Sent, liv. V, tit. XXXVII. = (4) Paul. Sent., liv. V, tit. XXXVI. = (5) F. 1, 3, *quis a quo appellatur.* D. 49, 3. = (6) F. 2, *de re judicata.* D. 42, 1. = (7) G. C. IV, § 9, 25, 101, 171.

Exécution sur la personne.

Sous le système formulaire, il n'y a plus lieu à la ***manus injectio***, suivie de l'***addictio*** et de la vente du débiteur comme esclave, s'il ne paye pas dans les soixante jours; mais il y a encore une contrainte par corps dont les effets ne sont pas bien déterminés. Ainsi Gaïus parle de l'action de vol donnée contre celui qui vole ***judicatus meus*** (1). Aulu-Gelle, dans la discussion du philosophe Favorinus avec le jurisconsulte Cécilius, fait dire à celui-ci : « Addici namque « ***nunc*** et vinciri multos videmus, quia vinculorum pœnam de- « terrimi homines contemnunt (2). » Licinius Rufinus mentionne une action pénale donnée contre ceux qui empêchent de porter des vivres et de la litière pour se coucher, à celui qui est ***judicatus***. Paul parle également des ***judicati*** qui sont mis en prison parce qu'ils n'ont pas exécuté la sentence. Enfin, dans la loi 1, au Code, ***qui bonis cedere possunt***, 7, 71, l'empereur Alexandre dit, en parlant de la cession de biens : « In eo omni tantummodo hoc beneficium « eis prodest, ne judicati detrahantur ***in carcerem*** (3). » Le fait est donc constant, mais nous ne connaissons pas la condition de ceux qui étaient ainsi détenus pour dettes dans la maison de leurs créanciers. Enfin, nous croirions volontiers que, vers la fin de cette période, on ne saisissait la personne que dans les cas où les biens ne suffisaient pas.

Cession de biens.

Pour éviter la saisie de la personne et l'infamie résultant de la vente en masse des biens, on permettait au débiteur d'employer la cession de biens, institution qui date de Sylla, suivant des auteurs, et, selon d'autres historiens, de la loi ***Julia judiciaria***, contemporaine de Jules César.

La cession de biens présentait encore un troisième avantage, celui de ne pouvoir être poursuivi à l'avenir que jusqu'à concurrence de ce qu'on pouvait payer, ***in id quod facere potest***.

Instit., l. IV, tit. VI.

§ 40. Eum quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, *quod facere potest*, creditores cum eo experiuntur : inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

Si celui qui a fait cession de biens à ses créanciers acquiert ensuite de nouvelles ressources, il peut être poursuivi de nouveau, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire ; car il serait inhumain de condamner *in solidum* celui qui est déjà dépouillé de tous ses biens (4).

Comment on fait la cession de biens.

La cession de biens se faisait en justice par une déclaration solennelle, et extrajudiciairement par lettre ou par message; Zimmern pense qu'elle était autrefois suivie d'une translation de propriété opérée par ***cessio in jure***. On n'admettait pas à la cession de biens

(1) G. C. III, § 199. = (2) Aulu-Gelle, liv. XX, ch. 1, *in fine*. = (3) F. 34, *de re judicata*. D. 42, 1. — Paul. Sent., liv. V, tit. XXVI, § 2. — Add. *Leg. Galliæ Cisalpinæ*, ch. XXI, XXII. — M. Bonjean croit que le débiteur saisi était traité comme un esclave. = (4) F. 4, 6, *de cessione*. D. 42, 3.

ceux qui avaient commis des délits ou qui étaient coupables de dol (1), et on assimilait à cette dernière classe les débiteurs qui avaient dissipé leurs biens dans de folles dépenses.

Les créanciers auxquels on faisait la cession de biens n'avaient pas le droit de les garder et de se les partager, ils devaient les mettre en vente. On pense que la cession de biens ne fut appliquée aux provinces que vers l'époque de Dioclétien (2).

Exécution sur les biens. Comment avait lieu la vente.

Enfin on en venait à saisir et à vendre le patrimoine du débiteur.

Gaius, C. III.

§ 78. Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum : *vivorum*, velut eorum qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur, item eorum qui ex lege Julia bonis cedunt, item judicatorum post tempus quod eis partim lege XII Tabularum, partim edicto prætoris, ad expediendam pecuniam tribuitur ; *mortuorum* bona veneunt, velut eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere.

On vend les biens des vivants ou des morts : des vivants, par exemple, de ceux qui se cachent frauduleusement, et qui ne sont pas défendus en leur absence ; de même, les biens de ceux qui font cession d'après la loi Julia, et enfin les biens des condamnés qui n'ont pas exécuté dans le délai qui leur est accordé pour cela, partie par la loi des douze Tables, partie par l'édit du préteur. On vend les biens des morts quand il est certain qu'ils n'ont ni héritier civil ou prétorien, ni aucun autre successeur d'après la loi.

§ 79. Siquidem vivi bona veneant, jubet ea prætor per dies continuos XXX possideri, *tum* proscribi; si vero mortui, post dies XV : postea jubet convenire creditores, et *ex eo numero* magistrum creari, id est, eum per quem bona veneant. Itaque si vivi bona veneant, in diebus (*pluribus veni*)ri jubet, si mortui in die(*bus paucior*)ibus : nam vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici jubet. Quare autem tardius viventium bonorum venditionem compleri jubeat, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur.

Si on vend les biens d'une personne vivante, le préteur ordonne de les posséder d'abord pendant trente jours, et d'annoncer ensuite la vente. Pour les morts, le délai est de quinze jours seulement ; après cela, il ordonne de réunir les créanciers, pour nommer parmi eux un syndic chargé de vendre les biens. Si on vend le patrimoine d'un vivant, il ordonne qu'on attende un délai plus long que pour les biens d'un mort; pour le premier, le délai est de trente jours, il est de vingt jours pour le mort. On comprend pourquoi il ordonne de vendre plus lentement les biens des vivants, c'est par intérêt pour eux.

Dans les réunions de créanciers, la majorité était calculée selon le chiffre des créances (3) et non selon le nombre des intéressés. Outre la nomination du *magister*, l'assemblée arrêtait le bilan du débiteur, et faisait la *lex venditionis* en indiquant d'une part l'actif du failli, et de l'autre les charges de son patrimoine.

Au jour indiqué, on recevait les enchères; les acheteurs acquéraient en masse tous les biens moyennant un dividende offert aux créanciers; on adjugeait à celui qui payait le plus fort dividende. A

(1) F. 9, *de cessionne*. D. 42, 3. — F. 51, *de re judicata*. D. 42, 1. Les débiteurs du fisc ne pouvaient pas se soustraire à la contrainte par corps en faisant la cession de biens. — F. 9, § 6, *ad leg. Juliam peculatus*. D. 48, 13. — L. 1, Cod. Theod., *qui bonis*, 4, 20. = (2) L. 6, Cod., *qui bonis cedere*, 7, 71 = (3) F. 8, § 19. — F. 9, *de pactis*. D. 2, 14.

offre égale, on préférait les créanciers aux autres enchérisseurs, et, entre eux, ceux dont la créance était la plus forte; après les créanciers, la préférence était donnée aux cognats (1).

Jusqu'à la vente, le *magister* syndic exerçait utilement toutes les actions appartenant au failli (2).

Effets de la vente en masse.

La vente en masse des biens faisait noter le débiteur d'infamie; mais s'il acquérait ensuite de nouveaux biens, on ne pouvait plus le poursuivre pour dettes antérieures (3). Quant à l'acquéreur, il était considéré comme une sorte d'héritier prétorien, et nous avons vu comment on lui donnait, soit les actions fictices, soit l'action Rutilienne (4). La vente aux enchères ne donnait pas immédiatement le *dominium ex jure Quiritium* à l'adjudicataire, si ce n'est quand il y avait *sectio bonorum*, vente des biens des condamnés faite par les questeurs au profit du peuple romain.

§ 80. Neque au*tem* bonorum possessio*ne res empt*orum pleno jure fiunt : sed in bonis efficiuntur, *ex jure Quiritium* autem ita demum adquiruntur, si usuc*apiuntur. Interdum quidem bonorum* emptoribus i*psum* jus Quiri*tium* m*an*cipio *con*jungitur, si per eos... bonorum emptor.

Les biens vendus n'appartiennent pas immédiatement à l'acquéreur de plein droit; il les a seulement *in bonis*, et par l'usucapion il en deviendra maître *ex jure Quiritium*. Quelquefois cependant, les acheteurs des biens ont immédiatement la propriété *ex jure Quiritium*.

Nous verrons, en nous occupant des interdits, que les acquéreurs des biens vendus en masse pouvaient se faire mettre en possession. soit par l'interdit *possessorium*, soit par l'interdit *sectorium* (5).

La vente des biens des personnes illustres a lieu en détail.

Un sénatus-consulte dont la date est inconnue, mais qui était déjà appliqué du temps de Gaïus et de Nératius, portait que les biens des personnes d'une condition élevée, *claræ personæ*, ne seraient pas vendus en masse, mais bien en détail, par le ministère d'un curateur (6). Alors il n'y avait pas infamie pour le débiteur, puisque personne ne succédait à l'ensemble de son patrimoine; mais aussi les créanciers pouvaient le poursuivre de nouveau jusqu'à ce qu'il eût payé toutes ses dettes.

La vente en masse, qui resta en vigueur jusqu'à l'époque de Dioclétien, disparut ensuite. On vendait les biens en détail, souvent même, en fait, les créanciers se les partageaient sans les vendre (7).

Telles sont les règles générales suivies pour l'exécution des jugements, mais elles subissaient trois exceptions graves par suite, 1° du bénéfice de compétence; 2° des règles spéciales appliquées aux

(1) F. 16, *de rebus auctoritate*. D. 42, 5. = (2) F. 2, § 1, *de curatore bonis dando*. D. 42, 7. = (3) F. 25, § 7, *quæ in fraudem*. D. 42, 8.—Gaius semble admettre le contraire, ch. II, § 155. = (4) G. C. IV, § 34-35. = (5) G. C. IV, § 145-146. = (6) F. 5, *de curatorib. furioso*. D. 27, 10. = (7) Dès le temps d'Antonin le Pieux, on admettait cela pour les gages judiciaires qui ne trouvaient pas d'acquereurs. — F. 15, *de re judicata*. D. 42, 1.

pécules des fils de famille ; 3° quand il y avait possibilité de faire l'abandon noxal.

A. *Bénéfice de compétence.*

Du bénéfice de compétence. A qui on le donne. Ses effets.

Il y avait certaines personnes qu'on ne devait condamner qu'en ajoutant à la condamnation la restriction : « In id quod facere, in « quantum facere potest; » comme conséquence, lorsqu'on venait exercer contre elles l'action *judicati*, il y avait un calcul à faire, car voici comment s'exprime Paul : « In condemnatione personarum « quæ in id quod facere possunt damnantur, *nom totun*, quod ha- « bent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, *ne « egeant* (1). » Quand il y a eu condamnation des personnes, qui sont condamnées jusqu'à concurrence de ce qu'elles peuvent faire, il ne faut pas leur enlever tout ce qu'elles ont, mais calculer de manière à ce qu'elles ne tombent pas dans le besoin. C'est là ce que l'on a appelé le bénéfice de compétence. Il est facile de comprendre que cette restriction rendait tout à fait incertaine l'exécution de la condamnation, puisque la position du débiteur pouvait varier d'un jour à l'autre. Du reste, si la dette avait été payée en entier, les personnes privilégiées ne pouvaient pas venir intenter la *condictio indebiti* (2). Mais nous voyons dans certains textes, qu'en opposant le bénéfice de compétence, on devait promettre de payer le surplus de la dette si on arrivait à meilleure fortune (3). Nous pensons qu'il faut généraliser cette règle; il ne nous paraît pas croyable qu'un moyen d'équité, introduit pour faire respecter des sentiments d'affection et de convenance ait pu permetre d'opposer ensuite l'exception *rei deductæ in judicio*, qui reposait surtout sur un principe de droit strict. On ne voit pas pourquoi le mari, qui a une action contre sa femme, perdrait sa créance parce qu'au moment de la poursuite la débitrice n'aurait pas de quoi payer *in solidum*. Bien que les textes soient muets pour les cas du patron, du père et du donateur, nous croyons que le créancier pouvait se faire payer le reste de la dette, quand le débiteur avait acquis de nouveaux biens, et qu'il aurait repoussé l'exception *rei judicatæ* par une *replicatio in factum*.

Le bénéfice de compétence était personnel, il n'appartenait, sauf exceptions, ni aux fidéjusseurs, ni aux héritiers (4). Les Institutes rappellent les cas dans lesquels on pouvait invoquer cè droit.

Instit., l. IV, tit. VI.

§ 37. Si de dote judicio mulier agat, placet, hactenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est quatenus facultates ejus patiuntur. Ita-

Si la femme exerce l'action en payement de sa dot, on a décidé que le mari ne serait condamné que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut payer.

(1) F. 173, *de regulis juris*. D. 50, 17. = (2) F. 6, 9, *de condict. indebiti*. D. 12, 6. = (3) F. 63, § 4, *pro socio*. D. 17, 2. — F. 47, § 2, *de peculio*. D. 15, 1. — L. unic., § 7, Cod., *de rei uxoriæ*, 5, 13. = (4) F. 23-24-25, *de re judicata*. D, 42, 1.

que si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur ; si minus, in tantum, quantum facere potest.

Donc, si sa fortune est correspondante au montant de la dot, il sera condamné pour le tout, sinon jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire (1).

Antonin le Pieux a accordé également à la femme le bénéfice de compétence vis-à-vis du mari créancier (2).

§ 38. Sed et, si quis cum *parente* suo *patronove* agat, item si *socius* cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis *ex donatione* sua conveniatur.

De même, si on agit contre son ascendant ou son patron ; si un associé en poursuit un autre par l'action de la société, le demandeur n'obtient rien de plus que ce que peut faire le défendeur. Ceci est aussi vrai pour le donateur poursuivi, pour exécuter sa libéralité.

Règle spéciale pour le donateur.

On avait admis une règle spéciale pour le donateur ; car, pour lui seulement, on calculait le montant de ce qu'il devait payer sur son actif net, et déduction faite des sommes dues à d'autres personnes ; on ne voulait pas que le donateur fût réduit à la misère par le donataire, et, de plus, on appliquait en quelque sorte la règle que les libéralités ne doivent être payées qu'après les dettes : « Bona non « dicuntur, nisi deducto ære alieno (3). »

Rappelons qu'après la cession de biens, on avait également le bénéfice de compétence.

B. ***Règles applicables aux pécules des fils de famille et des esclaves.***

§ 36. Sunt præterea quædam actiones, quibus non solidum, quod debetur nobis, persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum pater dominusve condemnatur ; si vero minus inveniatur, hactenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

Il y a, en outre, certaines actions dans lesquelles nous n'obtenons pas toujours tout ce que nous réclamons ; quelquefois nous sommes entièrement payés, quelquefois nous recevons moins ; ainsi, quand nous agissons sur le pécule d'un fils ou d'un esclave. S'il y a dans le pécule une somme égale à celle que nous réclamons, le père ou le maître sera condamné *in solidum* ; s'il y a moins, le juge ne condamne que jusqu'à concurrence du montant du pécule. Nous exposerons comment il faut calculer le pécule.

Il s'agit ici du pécule profectice, confié par le chef de famille à son fils ou à son esclave. Du reste, les règles que nous allons exposer reposent sur des principes qu'il faut rappeler. D'abord, les fils de famille et les esclaves n'ont pas de patrimoine propre ; lorsqu'ils contractent, ils n'engagent le *paterfamilias* que dans les limites de la permission qu'il leur a donnée. Si les actes licites ont été faits pendant la durée de la *potestas*, qui a cessé depuis, il faut distinguer

(1) V. les principes sur la dot, t. 1, page 322. = (2) F. 20, *de re judicata*. D. 42, 1. = (3) F. 19, § 1, *de re judicata*. D. 42, 1.

le fils de famille de l'esclave. Pour ce dernier tout est effacé, car il n'avait aucune capacité personnelle; pour le fils, au contraire, il y aura encore après l'émancipation une obligation calculée « in id « quod facere potest (1). »

Mais ces principes étaient modifiés suivant les circonstances: tantôt le père de famille était tenu pour le tout, tantôt seulement pour une partie de la dette; cela dépendait de la nature des pouvoirs donnés à la personne *in potestate*.

Pr. Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorumfamilias servorumve agitur : opus est, ut de hac actione, et de cæteris, quæ eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum his, qui in potestate parentis sunt, fere eadem jura servantur ; ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie observatur, separatim ostendemus.

Comme nous avons parlé déjà de l'action donnée à l'occasion des pécules des fils de famille et des esclaves, il est utile de s'occuper plus attentivement de cette action et de celles qui sont encore données à l'occasion des mêmes personnes contre les ascendants ou les maîtres ; et, comme les principes sont à peu près les mêmes lorsqu'on traite avec les esclaves ou avec les fils de famille, pour abréger nos explications, nous parlerons toujours du maître et de l'esclave, sauf à appliquer les mêmes règles aux fils en puissance. S'il y a des différences, nous les exposerons séparément. Instit., l. IV. tit. VII.

§ 1. Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, *in solidum* prætor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

Si une personne traite avec un esclave par ordre du maître, le préteur donne contre lui une action pour le tout, parce que celui qui contracte ainsi parait suivre la foi du maître. Action *quod jussu*. Condition pour qu'elle soit donnée.

On appelle dans ce cas l'action donnée contre le maître, *actio quod jussu*; elle a lieu même quand l'ordre émane de celui qui a seulement un droit d'usufruit sur l'esclave; mais il faut que le maître soit capable de s'engager personnellement, sans cela l'ordre ne produirait aucun effet (2).

Le tuteur ordonnait valablement à l'esclave d'agir, et on poursuivait le maître impubère s'il y avait eu utilité pour lui, sinon le tuteur était responsable vis-à-vis des tiers. Il n'y avait pas de forme sacramentelle pour donner l'ordre, la ratification même équivalait au mandat (3). S'il y a plusieurs maîtres qui aient tous ordonné de contracter, on pourra les poursuivre *in solidum*, car ils doivent être assimilés à des mandants (4).

§ 2. Eadem ratione prætor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera *exercitoria*, altera *institoria* appellatur. *Exercitoria* tunc locum habet, cum quis servum suum magistrum navi præposuerit, et quid cum eo ejus

Par la même raison, le préteur promet deux autres actions *in solidum*, dont l'une s'appelle l'action institoire et l'autre l'action exercitoire. L'action exercitoire a lieu quand on a chargé son esclave de la direction d'un navire, et Actions *exercitoria* et *institoria*.

(1) F. 17, *de negotiis gestis*. D. 3, 5. — F. 3, § 4, *de minoribus*. D. 4-4. = (2) F. 1, § 7-8, *quod jussu*. D. 15, 4. = (3) F. 1, § 1, 4. — F. 2, *quod jussu*. D. 15, 4. = (4) F. 5, § 1, *quod jussu*. D. 15, 4.

rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem *exercitoria* vocatur, quia *exercitor* appellatur is, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. *Institoria* tunc locum habet, cum quis tabernæ forte aut cuilibet negotiationi servum præposuerit, et quid cum eo ejus rei causa, cui propositus erit, contractum fuerit. Ideo autem *institoria* appellatur, quia, qui negotiationibus præponuntur, *institores* vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, etsi liberum quis hominem, aut alienum servum navi aut tabernæ aut cuilibet negotiationi præposuerit, scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

qu'une personne a contracté avec ce préposé. On l'appelle *exercitoria*, parce qu'on nomme *exercitor* celui auquel revient le profit journalier du navire. L'action institoire a lieu quand on a mis un esclave à la tête d'une boutique ou de tout autre commerce, et que des tiers ont traité avec lui. On l'appelle *institoria*, parce qu'on nomme *institores* ceux qui sont mis à la tête d'un négoce. Le préteur donne ces deux actions par raison d'équité, même quand on a chargé un homme libre ou l'esclave d'autrui de diriger un armement ou de faire un commerce déterminé.

L'action *exercitoria* est donnée contre le chef de famille qui prépose un tiers, appelé *magister navis*, à la direction d'un armement; peu importe qu'il s'agisse d'un fils de famille, d'un esclave ou d'un homme libre; d'une navigation fluviale ou maritime (1).

Si, pendant la navigation, le *magister navis* était empêché de remplir ses fonctions, il pouvait mettre à sa place une personne dont les actes liaient l'armateur, comme si celui-ci avait approuvé la substitution; on avait poussé cela jusqu'à dire que le droit de se faire remplacer appartenait au préposé, même malgré la défense expresse de l'armateur; il fallait faire, avant tout, ce qui était utile à la conservation du navire et de l'équipage (2).

L'armateur répondait *in solidum* des engagements contractés par le *magister navis*, pourvu qu'on pût les considérer comme concernant l'armement; et c'était là une question de fait souvent difficile à résoudre (3). L'action était perpétuelle; s'il y avait plusieurs *exercitores*, ils étaient tous tenus *in solidum*, comme tous ceux qui donnent un mandat.

Il faut remarquer que le principe de la personnalité des créances était applicable à celles que le *magister navis* avait acquises, même à l'occasion de ses fonctions; lui seul pouvait en poursuivre l'exécution. Mais il cédait ordinairement ses actions à l'armateur en le constituant *procurator in rem suam* (4).

Action *institoria*. L'action *institoria* reposait sur des principes analogues. Il s'agit encore ici d'une personne libre ou esclave, qu'on prépose à un commerce quelconque; peu importe, dit Ulpien, qu'on le charge de tenir une boutique, d'acheter ou de vendre des marchandises, de diriger un comptoir de banque, etc., etc. (5). Lorsque l'on confiait

(1) F. 1, § 4, 6, *de exercitoria act.* D. 14, 1. — (2) F. 1, § 5, *de exercitoria act.* D. 14, 1. — (3) V. F. 1, § 7 à 12. — F. 7, *de exercitoria act.* D. 14, 1. — (4) F. 1, § 18, *de exercitoria act.* D. 14, 1. — (5) F. 5, § 1 à 10, *de institoria act.* D. 14, 3.

une boutique à un esclave, il était présumé *institor*, et le maître répondait des obligations contractées pour ce commerce; s'il voulait éviter cela, il devait faire afficher : *Ne cum eo contrahatur*. Cette affiche, dit Ulpien, doit être faite en caractères capables de frapper tout le monde : « *Proscribere palam*, sic accipimus, *claris litteris*, « unde de plano legi recte possit, ante tabernam scilicet, vel « ante eum locum in quo negotiatio exerceatur (1). » Ici encore, s'il y a plusieurs préposants, ils seront tous tenus *in solidum* et perpétuellement. On n'admettait pas que l'*institor* pût comme le *magister navis* se faire représenter sans prévenir le maître; il n'y avait plus les mêmes raisons d'urgence et d'utilité.

Dans les deux paragraphes dont nous venons de nous occuper, nous avons vu appliquer les règles ordinaires sur l'exécution des jugements; celui qui a gagné le procès agit pour le tout, nous allons voir maintenant des exceptions à cette règle.

Action tributoire.

§ 3. Introduxit et aliam actionem prætor, quæ *tributoria* vocatur. Namque, si servus in peculiari merce, sciente domino, negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit, ut, quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et cæteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei *tributum* sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ *tributoria* appellatur.

Le préteur a introduit une autre action qu'on appelle tributoire; car si un esclave fait le commerce avec son pécule, au su de son maître, et qu'il ait contracté des obligations relativement à ces opérations, le préteur décide que tout ce qui a été mis dans le commerce et tout ce qui en est provenu sera partagé proportionnément entre le maître, s'il lui est dû quelque chose, et les autres créanciers. Et comme c'est le maître qui doit faire la distribution, si l'un des créanciers se plaint de ne pas avoir reçu ce qui lui revenait, on lui donne une action appelée tributoire.

L'action dont il s'agit ici a un caractère tout particulier; on suppose un esclave qui fait le commerce, au su de son maître, avec tout ou partie de son pécule. De ce que le maître ne s'oppose pas à cette manière d'agir, il est censé renoncer à son privilége sur cette partie du pécule, mais il conserve le droit de venir se faire payer comme les autres créanciers. Il a de plus l'avantage de venir *ex omni causa*, tandis que les autres créanciers viennent seulement *ex causa commercii* (2). C'est le maître qui fait lui-même la répartition du dividende entre tous les créanciers, et s'il a retenu par dol une partie de l'actif, on donne contre lui l'action tributoire, pour le contraindre à payer le surplus.

Du reste, les créanciers étaient payés dans l'ordre suivant lequel ils se présentaient, sauf à rapporter s'ils avaient trop reçu (3).

F. 11, § 4, *de institoria act.* D. 14, 3. — (2) F. 5, § 7-8-9-10, *de tributoria act.* D. 14, 4. — (3) F. 5, § 19. — F. 6, 7, *de act. tributoria*. D. 14, 4.

Action de peculio.

§ 4. Præterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intellegitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus eam solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus fuerit. Itaque si ex decem ut puta aureis, quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro cæteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit : ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim UNA EST ACTIO, qua de peculio deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, TAMEN DUAS HABET CONDEMNATIONES. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum intellegatur, aut non totum. Cum autem quæritur, quantum in peculio sit, aute *deducitur*, quidquid servus domino, quive in potestate ejus sit, debet, et quod superest, id solum peculium intellegitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in hujus ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut, si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

On a introduit, en outre, l'action de pécule et l'action à l'occasion des choses qui ont tourné à l'avantage du maître, de telle sorte que, même pour les affaires faites à son insu, il sera tenu pour le tout s'il en a profité, sinon il doit payer jusqu'à concurrence de ce qu'il y a dans le pécule. On regarde comme ayant profité au maître toutes les dépenses nécessaires que l'esclave a faites pour lui, si, par exemple, il a emprunté pour payer ses créanciers, relever un édifice ruiné, acheter du blé pour la famille, ou bien encore un fonds ou une autre chose nécessaire. Si donc, sur dix *aurei*, que votre esclave a empruntés à Titius, il en a payé cinq à votre créancier, et dissipé les cinq autres, vous serez tenu *in solidum* pour cinq, jusqu'à concurrence du pécule pour le reste; d'où il résulte que si les dix *aurei* ont tourné à votre avantage, Titius devra être payé en entier; car, bien qu'il n'y ait qu'une seule action sur le pécule et sur l'avantage retiré par le maître, il y a deux condamnations. Donc, le juge devant lequel on plaide doit d'abord examiner s'il y a eu avantage pour le maître, et il ne doit passer à l'estimation du pécule qu'après avoir vérifié que le maître n'a profité ni pour le tout, ni pour partie. Quand on recherche combien il y a dans le pécule, on commence par déduire ce que l'esclave doit au maître ou aux personnes qu'il a sous sa puissance, et ce qui reste forme le pécule. Quelquefois cependant on ne déduit pas ce que l'esclave doit à celui qui est en la puissance du maître, si cette personne fait partie du pécule; ce qui a lieu, par exemple, si l'esclave ordinaire doit quelque chose à son esclave *vicarius*, alors, on ne le déduit pas du pécule.

L'action de in rem verso peut être distincte de l'action de peculio.

Selon le texte des Institutes, il n'y aurait, à l'occasion du pécule, qu'une seule action avec deux *condemnationes* distinctes; il en est cependant autrement dans certaines circonstances. Ainsi l'action de pécule ne durait qu'un an après la mort ou l'affranchissement de l'esclave, tandis que l'action *de in rem verso* était perpétuelle.

L'action *de peculio* était, du reste, soumise à des règles particulières. Le maître même impubère pouvait être poursuivi par cette action, tant que l'esclave restait sous sa puissance; après l'affranchissement ou la mort, on ne donnait plus l'action que pendant une

année utile, jusqu'à concurrence du contenu du pécule, et en y comprenant ce qui est dû à l'esclave par des étrangers. (1).

Déduction à faire dans l'action *de peculio*.

On oppose aux créanciers certaines déductions, fondées sur cette idée, que le chef de famille est censé avoir déjà prélevé pour se payer les sommes qui lui sont dues. « *Quia* prævenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. » On y comprend aussi tout ce qui est dû aux personnes dont le maître est tuteur, curateur, ou gérant d'affaires, par cette raison que le père de famille responsable était censé avoir fait effectuer le payement (2), pour éviter qu'on vînt plus tard recourir contre lui. Il résulte de ces principes, que si le pécule ne suffit pas pour désintéresser les créanciers, ils ne seront payés qu'en partie; mais ici ceux qui se présentaient les premiers et qui avaient reçu toute leur créance n'étaient pas tenus de faire le rapport à ceux qui venaient ensuite, et qui trouvaient le pécule épuisé (3).

§ 5. Cæterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit : sed erit stultissimus, si, omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æque de peculio et in rem verso agere potest : sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus et cæteri creditores : at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur, et in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in actione totius peculii ratio habetur; at in tributoria ejus tantum, quod negotiatur, et potest quisque tertia forte parte peculii aut quarta vel etiam minima negotiari, majorem autem partem in prædiis et mancipiis, aut fenebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet : certe, qui po-

On peut choisir entre les diverses actions.

Du reste, il n'est pas douteux que celui qui a traité avec l'esclave, par ordre du maître, ou bien celui qui a l'action *exercitoria* ou *institoria*, ne puisse également agir *de peculio* ou *de in rem verso;* mais personne ne sera assez inepte pour laisser de côté une action qui lui assure son payement intégral, et s'imposer l'obligation, souvent difficile à remplir, de prouver qu'il y a eu avantage du maître, que l'esclave a un pécule, et que ce pécule suffit pour payer toute la dette. De même, celui qui a l'action *tributoria* peut également agir par l'action *de peculio* et *de in rem verso*, et tantôt il aura plus d'avantage à intenter l'une plutôt que l'autre. L'action *tributoria* est avantageuse aux créanciers, en ce qu'elle ne donne pas au maître une condition privilégiée, c'est-à-dire qu'on ne déduit pas ce qui lui est dû; il est dans la même condition que les autres créanciers, tandis que dans l'action *de peculio* on prélève d'abord ce qui est dû au maître, et on le condamne à payer seulement le reliquat aux créanciers. D'un autre côté, il est quelquefois avantageux d'agir *de peculio*, parce que dans cette action on tient compte de tout le pécule, tandis que dans l'action *tributoria*, on ne considère que la partie mise dans le commerce, ce qui peut comprendre le tiers ou le quart du pé-

(1) F. 21, 13. — F. 51, *de peculio*. D. 15, 1. = (2) F. 9, § 2-3-4-5, *de peculio*. D. 15, 1. — (3) F. 10, *de peculio*. D. 15, 1.

test probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.

cule, pendant que la plus grande partie consiste en champs, en esclaves et en capitaux placés. C'est donc suivant son avantage que chacun doit choisir telle ou telle action; mais celui qui peut prouver qu'il y a eu profit pour le maître doit certainement employer ce moyen.

Ce paragraphe est destiné à indiquer l'avantage qu'il y a à intenter telle action plutôt que telle autre. Il est certain que dans tous les cas où l'on peut agir par les actions exercitoires, institoires, ou *de in rem verso,* il n'y a pas à hésiter, puisque la condamnation sera exécutée sur tout le patrimoine du maître; le doute ne peut exister que pour les actions tributoires et *de peculio.* Cette dernière est avantageuse, en ce qu'elle permet de poursuivre tout le pécule, mais elle est défavorable en ce que le maître peut faire de nombreux prélèvements. L'action tributoire a ceci de bon que le maître est traité comme tous les autres créanciers, mais elle a ce mauvais côté qu'elle ne comprend rien au delà des sommes employées pour le commerce, *sciente domino;* il faudra donc choisir suivant les cas. On pourrait dire, en règle générale, que l'action *de peculio* vaudra mieux quand le maître n'aura rien à prélever, et l'action *tributoria* sera préférable lorsqu'on aura à craindre des prélèvements importants.

§ 6. Quæ diximus de servo et domino, eadem intellegimus et de filio et filia aut nepote et nepte, et patre avove, cujus in potestate sunt.

§ 8. Illud in summa admonendi sumus, id, quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, *directo* quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intellegitur.

Ce que nous avons dit de l'esclave s'applique également au fils, à la fille, au petit-fils à la petite-fille, qui sont en puissance de leur père ou de leur aïeul.

Nous devons enfin remarquer qu'il est permis de demander directement au père et au maître par la *condictio*, comme si on avait traité avec eux, le payement de ce qui est dû, quand il y a eu ordre de leur part, ou qu'ils ont profité de l'argent. Il en est de même pour le cas de l'action *exercitoria* et *institoria*, parce que l'on regarde l'engagement comme résultant de l'ordre du maître.

Cette *condictio* avait été établie par la jurisprudence; le père étant plus riche *ex re creditoris,* on supposait qu'il y avait eu *creditum,* prêt fait à sa personne (1).

C. *Cas où l'on peut faire l'abandon noxal.*

Principe de l'abandon noxal.

Ce que nous venons d'expliquer touche à l'exécution de la sentence, quand il s'agit d'engagements licites contractés par ceux qui sont *in potestate;* nous avons à voir maintenant ce que deviendra la condamnation lorsque ces mêmes personnes seront poursuivies à

(1) F. 4, 23, 29, 32, *de rebus creditis*. D. 12, 1.

l'occasion d'un délit ou de l'un des faits desquels il résulte une obligation *quasi ex delicto*.

Pr. Ex maleficiis servorum (veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint) noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut hominem noxæ dedere.

On a créé les actions noxales pour les délits des esclaves, s'ils ont commis un vol ou une rapine, causé du dommage, ou insulté quelqu'un; dans ce cas le maître a le choix, après la condamnation, ou de payer la somme fixée, ou de faire l'abandon noxal de l'esclave.

Instit., l. IV. tit. VIII.

Les actions noxales sont-elles toutes arbitraires ? Non.

Ces mots, *actiones noxales*, n'indiquent qu'une sorte de modalité; on intente les actions ordinaires, *ex delicto* ou *quasi ex delicto*, mais noxalement. Ceci a fait naître, du reste, une question très-controversée. De ce qu'une action est intentée *noxaliter*, en résulte-t-il qu'elle devienne arbitraire? En d'autres termes, le *judex* doit-il, après avoir examiné les faits, ordonner au maître, dans une *pronuntiatio*, d'abandonner l'esclave s'il veut éviter la condamnation; ou bien doit-il condamner d'abord, comme dans les cas du délit commis par un homme libre, sauf au maître à choisir ensuite entre les deux modes d'exécution, par *solutio* ou abandon noxal? M. Ducaurroy adopte la première opinion (1). Mais Zimmern, dont l'opinion nous paraît plus exacte, pense que les actions ne deviennent pas arbitraires, par cela seul qu'on les intente noxalement. Il y a d'abord condamnation prononcée, puis le maître a, *in facultate solutionis*, le choix entre l'abandon noxal et le payement. Ce choix dure jusqu'à ce que le créancier intente l'action *judicati* : « Quia tamdiu quis « habet noxæ dedendæ facultatem, quamdiu judicati conveniatur, « post susceptum judicium non potest noxæ dedendo se liberare (2). » Car on a le droit de faire l'abandon noxal jusqu'au moment où l'on est attaqué par l'action *judicati*; mais une fois cette poursuite commencée, on ne peut plus se libérer en faisant l'abandon noxal. Il n'y a donc dans l'action noxale qu'un moyen de plus pour exécuter la sentence; moyen fondé sur cette idée, qu'en droit romain, un chef de famille ne peut être engagé par sa chose, au delà de sa valeur.

Il y a toutefois des circonstances dans lesquelles l'abandon noxal ne sera pas admis; ainsi lorsque le maître aura ordonné le délit, ou qu'il l'aura connu sans chercher à l'empêcher (3), de même lorsqu'il aura commencé par nier que l'esclave fût en son pouvoir, ou bien si par dol il a fait en sorte de ne plus le posséder (4). Enfin les publicains dont les esclaves commettaient des exactions dans la per-

(1) M. Ducaurroy, nº 1257. — Arg. F. 14, § 1. — F. 19, *de noxal. act.* D. 9, 4. — Instit., liv. IV tit. XVII, § 1. = (2) F. 20, § 5, *de petit. heredit.* D. 5, 3. — F. 4, § 8. — F. 6, § 1, *de re judicata.* D. 42, 1. — F. 1, *de noxal. act.* D. 9. 4. — Nous avons entendu professer également cette opinion par M. Pellat et par M. Roustain, professeur suppléant à la Faculté de Paris. = (3) F. 3, 4, *de noxal. act.* D. 9, 4. = (4) F. 2, *si ex noxali causa.* D. 2, 9.

ception des impôts ne pouvaient pas faire l'abandon noxal, parce qu'ils ne devaient employer à ce service que des serviteurs éprouvés (1).

§ 1. *Noxa* autem est corpus, quod nocuit, id est servus; *noxia* ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria.

§ 2. Summa autem ratione permissum est, noxæ deditione defungi : namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

§ 4. Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus aut edicto prætoris. Legibus, veluti furti, lege duodecim Tabularum, damni injuriæ, lege Aquilia. Edicto prætoris, veluti injuriarum et vi bonorum raptorum.

On appelle *noxa* le corps qui a nui, c'est-à-dire l'esclave ; *noxia* s'applique au délit lui-même, comme le vol, la rapine, ou l'injure.

C'est avec raison qu'on a permis de faire l'abandon noxal ; car il était injuste que la scélératesse des esclaves pût nuire à leurs maîtres au delà de leur valeur corporelle.

Les actions noxales ont été établies par les lois ou l'édit du préteur. Par les lois, comme la loi des douze Tables pour le vol ; et la loi Aquilia pour le dommage matériel. Par l'édit du préteur dans le cas d'injure et de vol commis avec violence.

Il serait plus exact de dire, d'une manière générale, que toutes les actions pénales établies par le droit civil ou l'édit du préteur seront intentées noxalement quand le fait illicite émanera d'un esclave, sans la faute ou la participation du maître.

§ 3. Dominus, noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur. Nec minus perpetuum ejus dominium a domino transfertur : si autem damnum ei, cui deditus est, resarcierit quæsita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.

Le maître attaqué par une action noxale du chef de son esclave se libère en l'abandonnant, et la propriété est transférée pour toujours par le propriétaire ; mais si l'esclave gagne ensuite de quoi indemniser celui auquel il a été abandonné, le préteur intervient pour le faire affranchir, même malgré le maître.

La fin du paragraphe s'appliquait autrefois au cas où il y avait eu abandon noxal d'une personne libre, par exemple, d'un fils par son père ; et M. Ducaurroy pense que l'application de ce principe aux esclaves a été faite par Justinien pour la première fois (2).

Comment on fait l'abandon noxal.

On faisait l'abandon noxal en employant les modes de translation de propriété admis par le droit civil, ainsi la mancipation ou la *cessio in jure*. Si le maître refusait de défendre l'esclave, ou de le manciper, le préteur ordonnait une *ductio*, à la suite de laquelle l'auteur du délit se trouvait *in bonis* du demandeur (3).

§ 6. Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur : namque inter dominum et eum, qui in ejus potestate est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque et, si in alienam potes-

Si un esclave a commis un délit envers son maître, il n'y a lieu à aucune action : car il ne peut naître d'obligations entre le maître et la personne qu'il a sous sa puissance. Si donc

(1) F. pr., § 6. — F. 2-5, *de publicanis*. D. 39, 4. = (2) Cf. *Collatio leg. mosaicar.*, tit. 11, ch. III. = (3) F. 26, § 6, *de noxalib. act.* D. 9, 2.

tatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde, si alienus servus noxiam tibi commiserit, et is potestea in potestate tua esse cœperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit ; ideoque, licet exierit de tua potestate, agere non potes, quemadmodum, si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec, si manumissus vel alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

l'esclave passe dans la puissance d'autrui, ou s'il est affranchi, on ne peut agir ni contre lui, ni contre son nouveau maître. D'où il résulte que si l'esclave d'autrui vous a nui et que vous en fassiez ensuite l'acquisition, l'action tombe, parce qu'elle ne peut pas être exercée ; et quand même l'esclave sortirait de votre pouvoir, vous ne pouvez pas agir, de même que si un maître avait commis un délit envers son esclave, celui-ci ne pourra pas le poursuivre après qu'il aura été affranchi ou vendu.

Justinien adopte, dans ce paragraphe, l'opinion des Sabiniens; les Proculéiens pensaient, au contraire, que l'action, paralysée par l'acquisition de l'esclave auteur du délit, renaissait lorsqu'il était vendu ou affranchi (1).

§ 7. Sed veteres quidem hæc et in filiisfamilias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hæc penitus recessit : quis enim patietur, filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludit ? Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus sæpius dictum, *ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.*

Les anciens admettaient les mêmes règles pour les enfants de famille des deux sexes. Mais les nouveaux principes suivis par les hommes les ont amenés à repousser une telle dureté, et l'usage en a complétement cessé. Qui pourrait souffrir, en effet, qu'on fit l'abandon noxal de son fils et surtout de sa fille ? Le père ne souffrirait-il pas plus cruellement que son fils, et pour la fille la faveur due aux bonnes mœurs ne vient-elle pas défendre davantage l'abandon ? En conséquence, il a plu de conserver l'abandon noxal seulement pour les esclaves, car nous trouvons souvent, chez les anciens commentateurs des lois, qu'on peut poursuivre les fils de famille eux-mêmes pour leurs délits.

Lorsqu'un père de famille voulait faire l'abandon noxal de son enfant, il le plaçait *in mancipio,* ce qui avait lieu à l'aide de la mancipation; mais les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur la manière dont il fallait procéder. Les Proculéiens voulaient que l'abandon noxal fût fait par trois mancipations successives, ce qui détruisait à tout jamais la puissance paternelle; les Sabiniens se contentaient d'une seule vente. Cette question avait une grande importance pratique. Comme nous l'avons dit plus haut, le préteur obligeait à faire cesser le *mancipium* de l'enfant abandonné, quand il avait gagné assez d'argent pour indemniser son maître; or, dans l'opinion des Proculéiens, l'enfant affranchi devenait chef de famille; dans celle des Sabiniens, il rentrait en puissance paternelle. Ce der-

Fallait il manciper trois fois les fils abandonnés noxalement ?

(1) G. C. IV, § 78.

nier avis nous semble le plus équitable, car il ne doit pas pouvoir dépendre du fils de mettre le chef de famille dans l'alternative, ou de payer une somme considérable, ou de perdre pour toujours sa puissance. Le texte rappelle la décision des jurisconsultes classiques pour le cas où le père ne voulait pas défendre son fils; le préteur donnait alors directement l'action contre l'auteur du délit, et permettait d'agir *de peculio* contre le père pour faire exécuter la sentence (1).

On a étendu l'abandon noxal aux animaux et aux choses inanimées.

Le principe de l'abandon noxal avait été étendu à tous les objets appartenant à un chef de famille; nous savons que la *cautio damni infecti* avait précisément pour but d'éviter qu'on n'abandonnât les débris du mur dont la chute aurait nui à un voisin; pour les animaux c'était la même règle; seulement, dans ce cas, on disait qu'il y avait *pauperies*.

Instit., l. IV, tit. IX.

Pr. Animalium nomine, quæ ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiam fecerint, noxalis actio lege duodecim Tabularum prodita est (quæ animalia, si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim Tabularum scripta est); puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petare solitus petierit. Hæc autem actio in his, quæ contra naturam moventur, locum habet; cæterum, si genitalis sit feritas, cessat. Denique, si ursus fugit a domino, et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit. *Pauperies* autem est damnum sine injuria facientis datum : nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret.

La loi des douze Tables a établi une action noxale pour les animaux qui manquent de raison, et qui ont commis un dommage par effervascence, chaleur ou férocité; si le défendeur abandonna ces animaux il est libéré: par exemple, si un cheval habitué à ruer a donné un coup de pied, si un bœuf méchant a donné un coup de corne. Cette action est donnéa pour les faits qui sont contraires à la nature, elle cesse si la férocité est naturelle. Ainsi un ours a fui de chez son maitre, et il a causé du dommage, on na peut pas poursuivre l'ancian propriétaire, qui a cessé de l'ètra au moment de la fuita. La *pauperies* est le dommage causé sans qu'il y ait atteinta portée aux règles du droit par l'autaur du fait; or on ne peut pas accuser l'animal, qui manqua de raison, d'avoir agi contrairement au droit.

Si le dommage était causé par un animal autre qu'un quadrupède, on donnait une action utile; ici, comme pour les esclaves, on disait : « Noxa caput sequitur, » et on poursuivait le détenteur actuel de l'animal. Quand il y avait plusieurs maîtres ils étaient tous tenus *in solidum* (2).

§ 1. Cæterum sciendum est, ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit : et si adversus ea factum erit, et nocitum homini libero esse dicetur, quod bonum et æquum judici videtur, tanti dominus

Il faut rappeler que l'édit des édiles défend de tenir un chien, un sanglier, un verrat, un ours, un lion, dans un lieu où passe le public; si on a violé cette défense et qu'un homme libre ait été blessé, le maître de l'animal sera condamné à une somme fixée équita-

(1) F. 33-31-35, *de noxalib. action.* D. 9, 4. = (2) F. 1, § 12, 14. — F. 4, *si quadrupes.* D. 9, 1.

condemnetor, cæterarum rerom, quanti damnum datum sit, *dupli*. Præter has autem ædilitias actiones et de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.

blement par le juge ; pour les autres dommages, l'action sera au double. Outre ces actions édilitiennes, on pourra intenter l'action *de pauperie*. Car, lorsqu'il y a concours de plusieurs actions pénales, l'exercice de l'une n'empêche pas d'exercer les autres.

On décide dans le paragraphe précédent que l'ancien maître n'est pas responsable du dommage commis par l'ours qui a pris la fuite, parce que l'animal est redevenu libre en vertu du *postliminium*; mais tant qu'on a des animaux sauvages sous sa puissance, il faut les garder de manière à ce qu'ils ne puissent pas obéir à leur férocité naturelle; sinon on est responsable, soit par l'action *de pauperie*, soit par l'action édilitienne.

CHAPITRE III.

DE PŒNA TEMERE LITIGANTIUM.

Sommaire. — 1. *Comment est punie la* calumnia *du défendeur.* — 2. *Comment est punie la* calumnia *du demandeur.*

Pr. Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent; quod et nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus ageretur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo metu infamiæ coercetur.

Nous devons avertir maintenant que ceux qui administratent la justice ont eu grand soin d'empêcher les hommes de plaider trop facilement, et tel est aussi notre désir. Pour arriver à ce résultat il faut frapper la témérité, soit des demandeurs, soit des défendeurs, tantôt par des peines pécuniaires, tantôt par la religion du serment, tantôt par la crainte de l'infamie. Instit., l. IV tit. XVI.

C'est Gaïus qui nous a conservé les explications les plus précises pour l'époque du système formulaire.

A. *Le défendeur.*

Lorsqu'une demande est fondée, le devoir du défendeur serait d'y accéder immédiatement; si, par son dol, il oblige l'adversaire à plaider et à courir les chances aléatoires que présente tout procès, il est juste qu'il soit puni. A Rome, cette punition variait : tantôt l'action croissait au double contre celui qui niait l'existence de la dette; tantôt on permettait au demandeur de provoquer une *sponsio*, qui était alors pénale. Comment on punit les défendeurs téméraires. *Inficiatio et sponsio.*

§ 171. *Sed adversus reos quidem inficiantes ex quibusdam causis dupli actionem constituit prætor*, velut si judicati, aut depensi, aut damni injuriæ, aut legatorum per damnationem relictorum *nomine* agitur : ex

Le préteur a établi des actions qui croissent ou doublent contre celui qui nie, ainsi quand on agit par l'action *judicati*, *depensi*, de la loi Aquilia ou pour le legs *per damnationem*. Dans quelques cas il permet de faire Gaius, C. IV.

quibusdam causis sponsionem facere permittit, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis, constitutæ vero pecuniæ partis dimidiæ.

une *sponsio*, comme pour la *certa pecunia credita*, et pour le constitut. Pour l'argent prêté, la *sponsio* peut être du tiers de la somme, pour le constitut, de la moitié.

En quoi consiste la *sponsio*. La *sponsio* consistait à faire au défendeur une interrogation comme celle dont Gaïus nous a conservé les termes, C. IV, § 93. Seulement, dans les questions de propriété, la *sponsio* était simplement préjudicielle, tandis qu'elle était pénale dans le cas des créances. Pour le constitut et les sommes certaines, on pouvait stipuler, soit un tiers, soit la moitié du capital, ainsi que l'indique le texte.

Serment. On pouvait aussi exiger du défendeur le serment qu'il était de bonne foi dans son refus de payer. Enfin, certains défendeurs étaient notés d'infamie lorsqu'ils perdaient leur procès.

Instit., l. IV, tit. XVI.

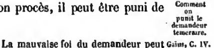
§ 2. Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, item tutelæ, mandati, depositi, *directis non contrariis* actionibus, item pro socio, quæ ab utraque parte directa est (et ob id quilibet ex sociis, eo judicio damnatus, ignominia notatur). Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, et recte : plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.

Dans certains procès, les condamnés sont notés d'infamie, ainsi dans le cas de vol, de biens enlevés avec violence, d'injure, de dol, de tutelle, de mandat, de dépôt, quand il y a eu action directe mais non pas action contraire, de même dans l'action *pro socio*, qui est directe des deux côtés: dès lors tout associé condamné par cette action est noté d'infamie. Mais dans l'action de vol, de violence, d'injures ou de dol, l'infamie frappe non-seulement les condamnés, mais encore ceux qui ont transigé sur ces faits, et cela est juste ; il est donc très-important de distinguer si une personne doit en vertu d'un délit ou d'un contrat.

Pour les délits, la solution est facile à comprendre; mais il en est autrement pour les cas de tutelle, de mandat, etc. Faut-il admettre que tout défendeur condamné sera noté d'infamie, ou bien faut-il qu'il se soit rendu coupable de dol? La question est discutée. M. de Savigny en propose la solution que voici : « S'il y a eu dol du condamné, l'infamie est encourue de plein droit; s'il n'y a pas eu dol, et qu'il s'agisse d'une action arbitraire, on notera encore le condamné qui aura refusé d'obéir au *jussus* contenu dans la *pronuntiatio*; enfin, si l'action n'est pas arbitraire, et que la difficulté porte seulement sur le *quantum* d'une somme d'argent à payer (par exemple, si un tuteur prétend qu'il ne doit pas les intérêts demandés), dans ce cas il ne faut pas prononcer l'infamie, parce qu'il n'y a point de calomnie à punir (1). »

(1) V. M. de Savigny, *Traité du droit romain*, t. II, pag. 178. On ne parle en principe que des actions directes, données aux mandants, aux pupilles, etc. — Il y a un cas cependant où le mandant lui-même peut être noté d'infamie, c'est quand il refuse par dol d'indemniser le mandataire. — F. 6, § 5, *de his qui notantur*. D. 3, 2.

B. *Le demandeur.*



Comment on punit le demandeur téméraire.

Lorsque le demandeur a perdu son procès, il peut être puni de diverses manières.

Gaius, C. IV.

§ 174. Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniæ judicio, modo contrario, modo jurejurando, modo restipulatione.

§ 175. Et quidem calumniæ judicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimæ partis causæ; adversus interdicta vero, quartæ partis causæ.

La mauvaise foi du demandeur peut être punie par le procès de calomnie, par le jugement contraire, par le serment et par la restipulation.

Le procès en calomnie a lieu pour toutes les actions, et il est du dixième de l'affaire; dans les interdits il est du quart.

Ce jugement de calomnie était une action reconventionnelle intentée par le défendeur, qui prouvait que le demandeur l'avait poursuivi par esprit de chicane.

§ 176. Liberum est illi cum quo agitur, aut calumniæ judicium opponere, aut jusjurandum exigere, non calumniæ causa agere.

§ 177. Contrarium judicium ex certis causis constituitur, velut si injuriarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa, dolo malo ad alium possessionem transtulisse; et si quis eo nomine agat, quod dicat se a prætore in possessionem missum ab alio quod admissum non esse. Sed adversus injuriarum quidem actionem *decimæ* partis datur; adversus vero duas istas *quintæ*.

§ 178. Severior autem coercitio est per contrarium judicium; nam calumniæ judicio X partis nemo damnetur, nisi *qui intelligit* non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero judicio omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere.

Celui qu'on poursuit peut à son choix opposer l'action de calomnie, ou exiger du demandeur le serment qu'il agit de bonne foi.

Judicium contrarium.

Le *judicium contrarium* a lieu dans certains cas, par exemple si on intente l'action d'injures, et si on poursuit une femme en disant qu'elle a remis par dol à des tiers la possession de biens qu'elle avait obtenue *ventris nomine*; de même si un individu en poursuit un autre sous prétexte qu'il n'a pas voulu lui remettre une possession de biens accordée par le préteur. Contre l'action d'injures on donne le *judicium contrarium* pour un dixième; dans les deux autres cas, pour un cinquième.

La sanction du *contrarium judicium* est plus rude que celle du *judicium de calumnia*. Dans ce dernier cas, on n'est condamné au dixième que si on sait qu'on agit à tort et pour vexer l'adversaire, en espérant gagner par suite de l'erreur ou de l'iniquité du juge, plutôt que dans l'idée de faire triompher la vérité; car l'élément de la calomnie comme du vol, c'est l'intention. Mais dans le *judicium contrarium* le demandeur est condamné dès qu'il a perdu son procès, lors même qu'il croyait avoir raison d'agir.

Gaïus ajoute qu'on peut choisir entre le *contrarium judicium* et le procès en calomnie; mais l'exercice de l'une de ces actions empêche d'employer l'autre.

Restipulation.

§ 180. Restipulationis quoque pœna ex certis causis fieri solet, et quemad-

La peine de la restipulation a lieu dans certains cas, et de même que le

modum contrario judicio omnimodo condemnatur actor si causam non tenuerit, nec requiritur an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis pœna omnimodo damnatur actor.

demandeur est condamné par le *judicium contrarium*, s'il n'a pas triomphé, sans distinguer s'il était de bonne ou de mauvaise foi, de même le demandeur est toujours condamné à la restipulation.

La *restipulatio* était la contre-partie de la *sponsio;* lorsqu'on avait demandé au défendeur s'il promettait cent pour le cas où il succomberait dans l'instance, il prenait à son tour la parole, et il demandait à l'*actor* s'il promettait également de lui donner cent, dans le cas où sa prétention serait repoussée; on disait alors que le défendeur faisait une *restipulatio*. Nous en trouverons des applications dans la procédure des interdits (1).

Ajoutons enfin qu'à l'époque des jurisconsultes classiques, celui des plaideurs qui perdait son procès devait supporter les frais de l'instance : « Eum quem temere adversarium suum in judicium vo« casse constitit, *viatica, litis*que *sumptus*, adversario suo reddere « oportebit (2). »

APPENDICE AU SYSTÈME FORMULAIRE. — EXPLICATIONS DES PARAGRAPHES 4, 5 ET 6 DU TITRE DE ACTIONIBUS AUX INSTITUTES.

A. *De l'action Publicienne.*

Sommaire. — 1. *Caractère de cette action.* — 2. *Son utilité.* — 3. *Conditions pour qu'on puisse l'intenter.* — 4. *Cas où on l'applique.* — 6. *Ce qu'on a appelé la Publicienne rescisoire.*

La Publicienne est une action fictice. Sa formule.

L'action Publicienne est une action fictice prétorienne, par laquelle on suppose accomplie une usucapion qui est seulement commencée, ou qui ne pouvait pas avoir lieu d'après les règles du droit civil.

Sa formule était *in factum*; elle nous a été conservée par Gaïus, Com. 4, § 36 : « *Judex esto; si quem hominem Aulus Agerius emit,* « *ei traditus est, anno possedisset, tunc si eum hominem de quo* « *agitur ipso ex jure Quiritium esse oporteret* et reliqua. » Les termes de l'édit se retrouvent également au Digeste : « Si quis id quod tra« ditur, *ex justa causa*, non a domino et nondum usucaptum petet, « judicium dabo (3). » Si le possesseur, avec juste cause d'une chose livrée par une personne non propriétaire, n'a pas encore usucapé, et qu'il demande une formule, je la lui donnerai.

Les mots *non a domino* sont le résultat d'une interpolation, car à l'époque de la jurisprudence classique, l'action Publicienne était utile, comme nous le verrons, même lorsque la chose avait été livrée par le véritable propriétaire.

(1) G. C. IV, § 165. = (2) F. 79, *de judiciis*. D. 5, 1. = (3) F. 1, pr., *de Publiciana in rem act.* D. 6, 2.

§ 4. Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum), necdum ejus rei dominus effectus est, si ejus rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam : quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usu cepisse, et ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio prætore in edicto proposita est.

Si une chose a été livrée à quelqu'un, en vertu d'une juste cause; par exemple, à la suite d'une vente, d'une donation, d'une constitution de dot ou d'un legs, et que l'on vienne à perdre la possession par hasard, avant l'accomplissement de l'usucapion, on n'a aucune action directe pour poursuivre la chose et la reprendre; car les actions ont été établies par le droit civil pour revendiquer la propriété. Mais comme il était dur de se trouver sans action, le préteur en a inventé une dans laquelle il affirme que celui qui a perdu la possession avait usucapé, et qu'ainsi il revendique la chose comme sienne. Cette action est appelée Publicienne, parce qu'elle a été proposée pour la première fois par le préteur Publicius. Instit., L. IV, tit. VI.

Cas où l'action Publicienne est utile.

L'utilité principale de l'action Publicienne consistait à permettre de venir au secours d'une personne qui, tout en ayant la chose *in bonis*, n'était pas propriétaire *ex jure Quiritium*. Il ne suffisait pas en effet de prétendre devant le magistrat qu'on avait la propriété du droit des gens, il fallait avoir le *dominium* du droit civil.

Cependant il y avait des circonstances tellement favorables, que le préteur Publicius, contemporain, dit-on, de Cicéron, crut devoir accorder une action fictice à ceux qui réuniraient la double condition, 1° d'être de bonne foi; 2° d'avoir acquis la possession *ex justa causa* (1). On refuse donc l'action à ceux qui sont de mauvaise foi, à ceux qui n'ont jamais possédé, et enfin à ceux qui ne peuvent pas invoquer, comme base de leur possession, un des actes juridiques qui servent à commencer une usucapion. Il ne faut pas non plus, ordinairement, que la chose rentre dans la catégorie des objets dont la loi civile défend formellement l'usucapion, comme les choses volées, les immeubles dotaux, etc. (2). Mais quand on réunit les conditions voulues, il suffit d'avoir possédé un seul instant (3).

Il y avait quatre hypothèses dans lesquelles l'action Publicienne offrait une grande utilité :

1° Le cas le plus fréquent, celui qui a probablement provoqué la création de l'action, se présente lorsqu'une chose *mancipi* a été simplement livrée sans employer la mancipation ou la *cessio in jure*. Dans ce cas, l'acquéreur a la chose *in bonis*, mais si elle lui est enlevée, il ne peut pas intenter la revendication en disant : « Hanc « ego rem meam esse aio ex jure Quiritium. » Cependant, comme on ne doit pas laisser le propriétaire *ex jure gentium* sans secours

(1) F. 1 à 6, 7, § 16, *de Publiciana*, D. 6, 2. — (2) F. 9, § 5. — F. 12, § 4, *de Publiciana* D. 6, 2. — (3) F. 12, § 7, *de Publiciana*. D. 6, 2.

vis-à-vis des voleurs ou de ceux qui s'emparent du fonds qu'il a acheté, on lui donne l'action Publicienne, en supposant qu'il a déjà transformé par l'usucapion sa propriété *in bonis* en propriété quiritaire.

2° Il y a des choses dont l'usucapion n'est pas admise en droit romain; ainsi les fonds provinciaux, ainsi les servitudes. Cependant, pour protéger ceux qui ont une juste cause de posséder ces fonds ou d'exercer les servitudes, on en vint à feindre l'existence de l'usucapion, surtout si la possession ou l'exercice durait depuis un certain laps de temps. « Si de usufructu agatur *tradito*, Publiciana datur. « Itemque servitutibus urbanorum prædiorum *per traditionem* « constitutis vel per *patientiam*... item rusticorum... In *vectigalibus* et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt (1). »

3° Quand on achète de bonne foi une chose *a non domino*, on ne devient propriétaire que par l'usucapion; mais si on perd auparavant la possession, le préteur donne la Publicienne. Cependant cette action pourra être paralysée, dans certaines circonstances, par diverses exceptions.

Exception *justi dominii*. Il est d'abord évident que la fiction ne doit pas l'emporter sur la réalité. Ainsi un *prædo* s'est mis en possession de mon fonds et il le vend à un tiers de bonne foi; avant que l'usucapion soit accomplie, je rentre paisiblement en possession de la chose qui m'appartient encore. Si l'acheteur intente contre moi l'action fictice, dans laquelle il suppose qu'il a usucapé, je ferai insérer dans la formule une exception ainsi conçue : « Nisi Numerius Negidius sit justus dominus. » C'est ce qu'on appelle l'exception *justi dominii* (2). Il est certain que je dois triompher; tant pis pour l'acheteur qui a traité avec celui qui n'était pas propriétaire, il intentera l'action en garantie contre son vendeur.

Cas où il y a eu plusieurs traditions. Une seconde difficulté se présente dans le cas où la fiction est invoquée à la fois par le demandeur et par le défendeur. Ainsi deux personnes ont successivement acheté le même objet *a non domino*; l'une intente la revendication fictice en supposant qu'elle a usucapé, l'autre veut garder la possession en opposant qu'elle serait aussi propriétaire s'il s'était écoulé le délai voulu pour l'usucapion.

Les jurisconsultes romains s'étaient divisés sur ce point. Julien et Ulpien (3) font une distinction. Si les deux plaideurs ont acheté la chose au même vendeur, ils préfèrent celui qui a été mis le premier en possession. Ils se fondent probablement sur ce que les parties

(1) F. 11, § 1. — F. 12, § 2, *de Publiciana*. D. 6, 2. = (2) F. 16, *de Publiciana*. D. 6, 2. = (3) F. 9, § 4, *de Publiciana*. D. 6, 2.

veulent supposer toutes les deux qu'elles ont traité avec le vrai propriétaire, et dans ce cas il est certain que la propriété aurait été transmise au premier possesseur. Si, au contraire, il y a eu deux vendeurs différents, ils préfèrent celui qui est actuellement en possession.

Nératius n'admettait pas cette distinction; dans tous les cas il donnait la préférence à celui qui avait été mis le premier en possession. Si l'usucapion n'avait demandé qu'un instant de possession, c'est lui qui serait devenu propriétaire; or, dans une fiction où il suffit d'avoir possédé un seul moment, il doit triompher : « Is ex « nobis tuendus est, qui prior jus ejus adprehendit, hoc est cui pri- « mum (res) tradita est (1). »

Du reste, tout le monde était d'accord pour décider que si l'une des parties avait reçu la possession du véritable maître, elle devait triompher : « Si alter ex nobis a domino emisset, is omnino tuendus « est. »

4° Enfin l'action Publicienne avait une dernière utilité. Quand on revendiquait et qu'on craignait de ne pas pouvoir établir la propriété de son auteur, on invoquait la fiction.

A l'époque de Justinien, l'action Publicienne n'est plus utile que dans deux cas : 1° dans la vente *a non domino*; 2° quand on ne peut pas prouver en justice la propriété de celui de qui on tient la chose.

Dans l'action Publicienne, on suppose l'accomplissement d'une usucapion qui n'existe pas; on avait admis dans la pratique une fiction contraire, qui constitue, à proprement parler, une restitution *in integrum*, accordée à des majeurs de vingt-cinq ans; cependant les commentateurs ne lui donnent pas cette dénomination, ils l'appellent ordinairement, la *Publicienne rescissoire*, bien que cette expression ne se trouve pas dans les textes (2). Fiction contraire à l'usucapion.

§ 5. Rursus ex diverso, si quis, cum reipublicæ causa abesset, vel *in hostium potestate esset*, rem ejus, qui in civitate esset, usu ceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum, RESCISSA USUCAPIONE, eam petere, id est ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam esse rem. Quod genus actionis quibusdam et aliis, simili æquitate motus, prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intellegere licet.

Par contre, si une personne absente pour le service de la république, ou prisonnière chez les ennemis, usucape la chose de celui qui est dans la cité, on permet au maître, si le possesseur cesse d'être absent pour la république, de réclamer la chose pendant un an, en faisant rescinder l'usucapion, c'est-à-dire de la demander, en disant que le possesseur n'a pas usucapé, et que, par conséquent, elle est encore à lui. Le préteur, poussé par une raison d'équité, donne ce genre d'action à certaines personnes et dans certains cas déterminés, comme on peut le voir dans les Pandectes.

(1) F. 31, § 2, *de actionib. empt.* D. 19, 1. = (2) F. 28, § 5-6, *ex quibus causis majores.* D. 4, 6, Cf. de Savigny, t. VII, page 193.

Il y a une première difficulté de texte contre laquelle il faut se prémunir. Le paragraphe suppose un prisonnier qui usucape la chose d'un citoyen resté à Rome, mais on objecte que la captivité interrompait la possession et par conséquent le cours de l'usucapion. La fiction du *postliminium* elle-même ne pouvait pas être invoquée par le captif, parce que la possession est « potius facti quam juris. » Ulpien pose ainsi la règle : « Si is qui pro emptore possidebat, ante « usucapionem ab hostibus captus sit, videndum est an heredi ejus « procedat usucapio; *nam interrumpitur usucapio*, ideoque nec « postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse (1). » On se demande alors ce que peut signifier le texte des Institutes : pour lui donner un sens, il faut supposer l'espèce prévue par Ulpien dans la suite du fragment dont nous venons de transcrire une partie. L'usucapion avait été commencée par un fils de famille ou un esclave en puissance du prisonnier ; la captivité du maître n'a pas interrompu le fait de la possession, et quand il revient, il le vivifie au point de vue juridique par le *postliminium*, ainsi l'usucapion se trouve accomplie (2).

Cas auxquels s'applique l'action rescissoire.

L'action rescissoire s'applique à divers cas :

Absence du possesseur.

1° Celui qui possède par un esclave est absent ; il va usucaper, parce qu'on ne peut pas agir contre lui. Peu importe alors la cause de l'absence, il ne doit pas dépendre d'un tiers de paralyser le droit du propriétaire en voyageant toujours pour se soustraire à la *vocatio in jus* (3). Mais il faut également supposer que l'absent n'a pas laissé de représentant chargé de le défendre, car autrement, le propriétaire serait en faute, et on lui refuserait la *restitutio in integrum* contre l'usucapion ;

Absence du propriétaire.

2° Celui qui possède est présent, et il usucape contre un propriétaire absent.

Ici, il faut que le maître de la chose usucapée justifie de motifs graves qui l'ont empêché de veiller à la conservation de ses biens, sans cela on lui refuse l'action appelée Publicienne rescissoire. De même, si une personne a laissé un *procurator* négligent, qui n'a pas intenté la revendication, elle n'obtiendra pas la restitution en entier ; il faudra intenter l'*actio mandati directa* contre le représentant peu diligent (4).

Les justes causes d'absence admises par le préteur étaient : 1° le service de la république ; 2° des maladies graves ; 3° la captivité chez l'ennemi ; 4° la servitude de fait dans laquelle on était retenu ; 5° quand on était *in vinculis* ; 6° enfin quand l'absence avait été amenée par la violence (5).

(1) F. 15, *de usucapionib.* D. 41, 3. = (2) F. 23, § 3, *ex quibus causis majores.* D. 4, 6. — F. 44, § 7, *de usucapionib.* D. 41, 3. — F. 29, *de captivis.* D. 49, 15. = (3) F. 21-22, *ex quibus causis majores* D. 4, 6. = (4) F. 20, *ex quibus causis majores.* D. 4, 6. = (5) F. 1, § 1. — F. 2, § 1. — F. 3, § 1. — F. 4, 5, 9, 11, 14, 15, *ex quibus causis majores.* D. 4, 6.

Le temps pour obtenir la rescision était d'une année utile, comme pour les autres *restitutiones in integrum*. Justinien remplaça ce délai par celui de quatre ans continus; on pouvait même le rendre perpétuel par une déclaration faite, en l'absence de l'adversaire, au président de la province, à l'évêque ou au défendeur de la cité, et enfin, à leur défaut, à un tabellion assisté de trois témoins (1).

B. *Action Paulienne.*

Sommaire. — *1. L'action est in rem aux Institutes et in personam au Digeste. — 2. Conditions pour l'exercer. — 3. Délai pour intenter l'action. — 4. Ce qu'elle fait obtenir.*

Instit., l. IV, tit. VI.

Fiction de l'action Paulienne.

§ 6. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere; id est dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

De même, si quelqu'un livre sa chose à un tiers en fraude de ses créanciers, et que ses biens soient saisis en vertu d'une sentence du président, il est permis aux créanciers de faire considérer la tradition comme non avenue, et de demander la chose en disant qu'elle n'a pas été livrée, et que, par conséquent, elle est restée dans les biens du débiteur.

D'après le paragraphe de Théophile, l'action dont il est parlé ici portait le nom d'action Paulienne, parce qu'elle avait été introduite dans l'édit par un préteur appelé Paulus; elle est donnée, aux Institutes, comme exemple d'action *in rem*; enfin elle a pour but de faire considérer comme non avenues les aliénations accomplies par un débiteur en fraude de ses créanciers.

Comme toutes les actions *in rem*, dans le sens de Gaïus et de Justinien, l'action Paulienne devait être donnée contre un détenteur quelconque, et en effet, Théophile ne distingue pas. Mais c'était là un grave inconvénient pratique, car le détenteur actuel pouvait avoir acquis la chose de très-bonne foi, et après une série de ventes qui le mettaient dans l'impossibilité de soupçonner même que la première vente eût été faite *in fraudem creditorum*. Puis cette action *in rem* ne pouvait pas s'appliquer aux obligations contractées, aux acceptilations faites pour frauder les créanciers, etc. Ces inconvénients firent abandonner l'action Paulienne *in rem*, et on la remplaça par une action personnelle, arbitraire, *in factum*, qui embrasse tous les cas; c'est la seule dont il soit fait mention au Digeste (2); nous allons en résumer les principales règles.

Cette action étant personnelle ne peut être dirigée que contre celui qui a traité avec le débiteur; les sous-acquéreurs de bonne foi n'ont rien à craindre (3). Contre qui on donne l'action Paulienne.

(1) L. 7, Cod., *de temporibus*, 2, 53. — L. 2, Cod., *de annali exceptione*, 7, 40. — L. 31, Cod., *de episcopali audientia*, 1, 4. = (2) F. 10, pr., § 18-19-20, *quæ in fraudem creditorum*. D. 42, 8. = (3) F. 9, *quæ in fraudem*. D. 42, 8.

Conditions

Pour qu'il y ait lieu à l'action, il faut d'abord que le débiteur ait agi en fraude des créanciers. Ici le mot fraude contient encore deux éléments : *consilium*, la volonté de nuire ; *eventus*, le préjudice réel causé aux créanciers. Quand ces éléments seront réunis, le préteur annulera tous les actes quels qu'ils soient : aliénations, obligations, cautionnements, acceptilations, etc.(1). Mais l'action Paulienne n'était pas donnée quand le débiteur manquait seulement à augmenter son patrimoine ; les créanciers avaient bien dû compter, pour assurer leur payement, sur les biens que le débiteur possédait, mais non pas sur ceux qu'il pourrait acquérir ensuite (2).

Une seconde condition, ordinairement exigée, c'est la complicité de la personne à laquelle on a remis la chose : pour qu'on pût lui enlever le bénéfice de l'acte, il fallait qu'elle eût su comment, par cet acte, le débiteur allait devenir insolvable et rendre illusoire le droit de ses créanciers (3). Toutefois, le donataire, même de bonne foi, est tenu de rendre tout le profit retiré de la libéralité ; et c'est pour justifier cette mesure qu'on répète si souvent cette phrase : « Certant creditores de damno vitando, dum donatarius certat de « lucro captando (4). »

Enfin on ne donne pas l'action contre le créancier qui a reçu ce qui lui est dû, même avec la conviction qu'après le payement il ne restera pas de quoi désintéresser les autres ; cependant, s'il y avait déjà eu *missio in possessionem* accordée par le préteur, le payement serait annulé ; à partir de ce moment, chacun des créanciers n'a plus droit qu'à son dividende (5).

L'action Paulienne est donnée au syndic de la masse des créanciers qui ont commencé par demander l'envoi en possession et par faire vendre les biens du débiteur ; il faut, en effet, pour établir la fraude, commencer par constater l'insolvabilité du débiteur, ce qui ne peut être établi qu'après avoir réuni et liquidé toutes ses ressources. De plus, l'action ne peut être intentée que par les créanciers antérieurs en date à l'acte frauduleux ; car on ne peut pas soutenir qu'en aliénant sa chose, le créancier ait voulu nuire aux créanciers futurs ; c'est à ceux-ci à exiger des garanties suffisantes pour assurer leur remboursement (6).

L'action est donnée, non-seulement contre celui qui a traité avec le débiteur, mais encore contre tous ceux qui ont sciemment profité de l'acte. Le maître est tenu du fait de l'esclave, et le père de l'acte du fils de famille, quand ils ont connu son caractère frauduleux.

(1) F. 1, § 2. — F. 2, 3, 4, 5. — F. 14, 17, *quæ in fraudem*. D. 42, 8. = (2) F. 6, pr., § 1 à 5, *quæ in fraudem*. D. 42, 8. = (3) F. 6, § 8. — F. 10, § 2, 13, *quæ in fraudem*. D. 42, 8. = (4) Cf. F. 6, § 11, *quæ in fraudem*. D. 42, 8. = (5) F. 6, § 7, *quæ in fraudem*. D. 42, 8. = (6) F. 10, § 1. — F. 15, 16, *quæ in fraudem*. D. 42, 8.

Durée de l'action.

L'action Paulienne était donnée pendant une année utile, à partir du jour de la vente frauduleuse des biens ; mais elle était perpétuelle, ***in id quod pervenit conscio fraudis*** (1), pour les sommes dont profitait le complice de la fraude.

Effets de l'action Paulienne.

Celui qui est attaqué et qui succombe dans l'action Paulienne doit rétablir les choses dans l'état où elles étaient avant l'acte frauduleux; il faut rendre les objets aliénés ***cum omni sua causa*** ; mais pour les fruits, il y a une règle toute particulière ; on restitue : 1° les fruits pendants au moment de l'acte, parce qu'ils appartenaient déjà au ***fraudator;*** 2° ceux qui ont été perçus depuis la poursuite en rescision de l'aliénation. Quant aux fruits recueillis par l'acquéreur entre ces deux époques, on les considère comme un gain qu'on a manqué de faire et non comme une perte éprouvée (2).

Les créanciers qui reprennent la chose à un acheteur complice de la fraude ne sont pas tenus de lui rembourser son prix, à moins qu'il n'existe encore en nature dans le patrimoine du débiteur (3).

Remarquons, enfin, que si l'acheteur frauduleux a revendu la chose à un acquéreur de bonne foi, il devra rendre aux créanciers le prix qu'il a reçu (4).

LIVRE TROISIÈME.

SYSTÈME DES JUDICIA EXTRAORDINARIA.

On sait dans quel état de décadence tomba l'empire romain après le règne d'Alexandre Sévère. L'état des affaires politiques réagit sur l'organisation judiciaire comme sur les autres branches de l'administration ; aussi, loin de rechercher, comme autrefois, les fonctions de *judices*, on les considérait comme une charge ; et alors même que les particuliers auraient été disposés à les accepter, il devenait tous les jours de plus en plus difficile de rencontrer des hommes assez instruits et assez honnêtes pour recevoir la mission de dire le droit.

Pourquoi les *judicia extraordinaria* se multiplient.

C'était surtout dans les provinces que se faisait sentir cette difficulté de trouver des *judices*, c'est ce qui explique pourquoi les gouverneurs multipliaient les *judicia extraordinaria* ; à tel point que, vers le milieu du troisième siècle, Callistrate écrivait, à l'occasion du *libellus* renvoyé par l'empereur aux magistrats de province : « Præses æstimare debet utrum ipse cognoscat, an judicem dare de« beat (5). » Le gouverneur doit examiner s'il veut juger lui-même ou nommer un *judex*. Cette liberté laissée aux gouverneurs fut

(1) F. 1, 10, § 18, 24, *quæ in fraudem*. D. 42, 8. = (2) F. 10, § 19, 22. — F. 25, § 4-5-6, *quæ in fraudem*. D. 42, 8. = (3) F. 7-8, *quæ in fraudem*. D. 42, 8. = (4) F. 9, in fine, *quæ in fraudem*. D. 42, 8. = (5) F. 8, 9, *de officio præsidis*. D. 1, 18.

supprimée en l'an 294 par une constitution de Dioclétien. Il déclara qu'à l'avenir les magistrats devraient juger eux-mêmes les affaires qui leur étaient soumises; la délégation de la juridiction à des particuliers ne fut admise que si la multiplicité des affaires ne permettait pas au gouverneur de les expédier toutes; puis il y avait encore une exception pour les procès minimes qui devaient être portés devant les *judices pedanei* (1). « Quædam sunt negotia in quibus su« perfluum est moderatorem *expectare* provinciæ; ideoque pedaneos « judices (hoc est, qui negotia *humiliora* disceptant) constituendi « damus præsidibus potestatem. » Il y a des affaires dans lesquelles il est inutile d'attendre le gouverneur de la province; nous permettons donc aux présidents de créer des juges pédanés, c'est-à-dire des juges chargés de connaître les affaires les plus minimes.

Changements dans la procédure.

Ce système, appelé système des *judicia extraordinaria*, parce qu'il fit la règle de ce qui était autrefois l'exception, amena des changements très-importants dans la procédure. D'abord les formules devinrent inutiles, et, après avoir été conservées pendant un certain temps par suite de l'habitude, elles furent expressément abolies par Constantin, en l'an 342 après J.-C. : « Juris formulæ aucupatione « syllaborum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputen« tur (2). » Cette suppression fit également disparaître ce qu'on appelait autrefois les exceptions, ces moyens d'équité qu'il fallait faire mentionner dans la formule pour éviter les conséquences rigoureuses du droit civil; le magistrat chargé à l'avenir de prononcer lui-même sur la contestation écoutera toutes les allégations des parties et en tiendra compte dans la sentence. Les anciennes exceptions sont devenues des moyens de défense au fond; il faut cependant en excepter certains moyens, comme les exceptions d'incompétence et les exceptions purement dilatoires, qu'on doit faire valoir *in limine litis*.

Il résulte également de la suppression de la formule que les règles sur la *plus petitio* et la *minus petitio* sont tout à fait changées. Les textes ne s'occupent plus que de la plus-pétition *re* ou *tempore*; quant aux plus-pétitions *causa* ou *loco*, le magistrat-juge peut les corriger immédiatement. La *minus petitio*, qui tirait son influence de la partie de la formule où elle se trouvait, ne peut plus nuire au demandeur. Enfin il n'y a plus lieu aux exceptions *litis dividuæ vel residuæ*.

Instit., l. IV, tit. VI

§ 34. Si minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineret, veluti si, cum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere in-

Si le demandeur a mis moins dans sa demande qu'il ne lui est dû, par exemple, si lorsqu'il lui est dû dix il demande cinq, ou lorsque tout un fonds

(1) L. 2, 5, Cod., *de pedaneis judicibus*, 3, 3. — (2) L. 1, Cod., *de formulis*, 2, 58.

tenderit, aut, cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, *sine periculo agit* : in reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio ei condemnat, ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.

lui appartient il en demande la moitié, il agit sans danger, car, suivant la constitution de Zénon, le juge, dans la même sentence, condamne le défendeur au surplus.

§ 35. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, *sed in eodem judicio*, cognita veritate, errorem suum corrigere permittimus, veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento sibi dari oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

Si on a demandé une chose pour une autre, il n'y a aucun risque à courir, mais dans la même instance, nous lui permettons de corriger son erreur quand il la reconnait ; par exemple, si celui qui devait demander l'esclave Stichus a demandé Éros, ou si on demande, en vertu d'un testament, ce qui est dû à la suite d'une stipulation.

Sous le système formulaire, ces correctious auraient été impossibles, puisque le juge ne pouvait pas changer la nature et la teneur de la formule qui lui avait été adressée.

Une dernière conséquence de l'abolition des formules se trouve dans la nature de la condamnation. Comme dans le premier système, elle n'est plus exclusivement pécuniaire; le juge devant lequel on demande une maison condamnera donc à rendre la maison, et il n'aura plus besoin d'une *pronuntiatio* préliminaire, comme dans les anciennes actions arbitraires.

§ 32. Curare autem debet judex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel *rei* sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.

Le juge doit avoir soin de mettre dans sa sentence une condamnation à une somme ou à une chose certaine, même quand dans la demande on aurait agi pour une valeur indéterminée.

Nous pensons, du reste, qu'il en était déjà ainsi dans les *cognitiones extraordinariæ* admises au temps de la jurisprudence classique.

Prescription des actions.

C'est pendant la durée du système des *judicia extraordinaria*, que nous rencontrons l'établissement d'une nouvelle règle en ce qui touche la durée des actions. Jusqu'au règne de Théodose II, elles étaient divisées en deux classes : les unes temporaires, les autres perpétuelles, dont on pouvait se servir aussi longtemps qu'on avait les moyens de prouver l'existence du droit. En l'an 424 après J.-C., l'empereur Théodose II changea cette règle; toutes les actions qui étaient autrefois perpétuelles furent limitées à une durée de *trente ans* : « Ultra trigenta annorum spatium minime protendantur (1). » Seulement, pour les pupilles, le délai ne commence à courir qu'à partir de leur puberté.

(1) Cf. L. 3 Cod., *de præscript.*, XXX *vel* XL *annorum*, 7, 39. — Dans la loi unique, § 3, Code Théodosien, *de actionib. certo tempore finendis*, 4, 14. Théodose II décide que sa loi sera appliquée dix ans seulement après sa promulgation.

Instit., l. IV, tit., XII.

Pr. Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege, senatusveconsulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, *perpetuo* solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam *in rem* quam *in personalibus* actionibus certos fines dederunt; eas vero, quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere (nam et ipsius prætoris intra annum erat imperium).

Nous devons avertir ici qu'antrefois les actions venant des lois des sénatusconsultes ou des constitutions étaient ordinairement perpétuelles, jusqu'au moment où les constitutions sacrées sont venues mettre des limites à la durée des actions, soit *in rem*, soit *in personam*; quant aux actions venant de la juridiction prétorienne, elles ne durent ordinairement qu'un an, parce que c'est aussi la limite de l'*imperium* de ce magistrat.

Motifs qui ont fait limiter les actions.

Les motifs qui ont amené à limiter ainsi la durée des actions sont la volonté : 1° de diminuer les procès; 2° d'assurer la stabilité des droits; 3° de punir les créanciers ou les propriétaires négligents (1). L'effet de la constitution de Théodose se fit surtout sentir pour les actions personnelles, car les actions *in rem* étaient déjà limitées dans la plupart des cas par les délais, soit de l'usucapion, soit de la *præscriptio longi temporis*.

L'empereur Anastase s'occupa également de réglementer la durée des actions, en réduisant à quarante ans celles auxquelles ne s'appliquait pas la constitution de Théodose. M. de Savigny pense qu'il s'agissait des actions en réclamation d'état. Cependant, ce prince excepta encore de cette limitation l'action destinée à faire rentrer un décurion dans sa curie, et celle qui avait pour but de contraindre les débiteurs du fisc à lui payer les impôts et les prestations qu'il était en droit d'exiger. Ces deux procédures continuent à être réellement perpétuelles (2).

Conditions de la prescription des actions. Comment on l'interrompt.

Pour que la prescription soit encourue, il faut que l'action existe; donc, si la créance est à terme ou sous condition, le délai commencera à courir seulement à partir de l'échéance du terme ou de la réalisation de la condition (3).

Du reste, la prescription peut être interrompue : 1° par la reconnaissance du débiteur; 2° par l'exercice du droit d'action, et cet effet est produit à partir de la remise du *libellum conventionis* dont nous allons bientôt nous occuper (4).

Lorsque le débiteur était absent, on interrompait la prescription par une déclaration faite au président de la province; si on ne pouvait pas se rendre auprès de lui, on s'adressait à l'évêque; à son défaut encore, au *defensor civitatis*, et enfin, comme dernier recours, on faisait dresser une protestation par un tabellion. S'il n'y avait pas de tabellion, on rédigeait un acte signé par trois témoins honc-

(1) L. 2, 3, Cod., *de annali exceptione*, 7, 40. = (2) L. 4-5-6, Cod., *de præscript.*, 7, 39. — L'action hypothécaire durait quarante ans, bien que la créance fût éteinte par la prescription trentenaire. — L. 1, § 1, Cod., *de annali except.*, 7, 40. = (3) L. 7, § 4, Cod., *de præscript. XXX annorum*, 7, 39. = (4) L. 3, Cod., *de annali exceptione*, 7, 40.

rables (1). Justinien décida que dans le cas de plusieurs *correi credendi vel debendi*, l'interruption opérée par l'un des créanciers ou contre l'un des débiteurs produirait son effet à l'égard des autres parties : « Sancimus, aliorum devotionem, vel agnitionem, vel ex « libello admonitionem, *aliis debitoribus* præjudicare, et *aliis credi-* « *toribus* prodesse (2). » Il faut remarquer que la demande portée devant un juge incompétent n'interrompait pas la prescription (3).

Délai de la prescription.

Comme nous l'avons vu, le délai ordinaire était de trente ans, mais cette règle recevait des exceptions; ainsi les créances du fisc étaient prescrites par vingt ans, quand il ne s'agissait pas des impôts (4). Quelquefois, au contraire, le délai était plus long; ainsi on avait quarante ans pour réclamer les fonds patrimoniaux du fisc (5). Les églises, les lieux saints, purent d'abord agir pendant cent ans pour réclamer leurs propriétés, mais ce délai fut ensuite réduit à quarante ans (6).

Pour les prescriptions annales, le délai était calculé par jours utiles; pour les longues prescriptions, on comptait par jours continus, en admettant l'*accessio possessionum* (7).

La bonne foi et le juste titre n'étaient pas exigés pour invoquer la prescription de trente ans, mais les effets étaient différents suivant qu'il s'agissait d'actions *in personam* ou *in rem*.

Ses effets.

Après le délai fixé par la loi, le débiteur était libéré et la créance éteinte; on admet cependant qu'il restait encore une obligation naturelle.

Pour les actions *in rem*, la prescription éteignait le droit d'action, mais il fallait distinguer pour la propriété : le possesseur de bonne foi devenait propriétaire après trente ans et il pouvait agir contre tous les tiers détenteurs; s'il était de mauvaise foi, on arrivait à ce résultat singulier, qu'il pouvait bien repousser le propriétaire, mais qu'on ne lui permettait pas d'agir contre les tiers quand il avait perdu la possession. Dans ce cas, c'était le véritable propriétaire qui allait reprendre sa chose dans les mains du possesseur actuel. « Tunc « licentia sit priori domino, vel creditori qui nomine hypothecæ rem « obligatam habuit, et heredibus eorum ab injusto detentatore « eam vindicare; non obstante ei quod prior possessor triginta vel « quadraginta annorum exceptione eum removerat (8). »

Suspension de la prescription.

Il y a enfin des cas où la prescription est suspendue, c'est-à-dire où le temps écoulé dans une circonstance donnée ne compte pas pour

(1) L. 2, Cod., *de annali*, 7, 40. = (2) L. 5, Cod., *de duobus reis*, 8, 40. = (3) Arg., l 7, Cod., *ne de statu defunctorum*, 7, 21. = (4) F. 2, § 1. — F. 3, *de requirendis vel absentib.* D. 48, 17.—F. 13, *de diversis tempori.* D. 44, 3. = (5) L. 14, Cod., *de fundis patrimonial.*, 11, 61. = (6) L. 23, Cod., *de sacrosanctis ecclesiis*, 1-2. — Novelle 111, ch. 1. = (7) L. 14, Cod., *de fundis patrimonial.*, 11, 61. = (8) L. 8, § 1, Cod., *de præscript.* 30 vel 40 ann., 7, 39.

compléter les trente ans. Ainsi pour l'impubère jusqu'à ce qu'il soit sorti de la tutelle; ainsi pendant le délai employé par l'héritier pour faire l'inventaire (1); ainsi pour l'homme en esclavage qui peut toujours *proclamare ad libertatem*, sans qu'il soit permis de lui opposer la prescription de trente ans, etc., etc. (2).

Nouveau système pour les cautions. Une dernière modification que nous avons à signaler ici, dans le système des *judicia extraordinaria*, s'applique aux cautions données autrefois, soit par les défendeurs, soit par les représentants des parties.

Cautio judicatum sisti. La caution *judicatum solvi* est abolie et remplacée par une caution appelée *judicatum sisti*.

Instit., l. IV, tit. XI. § 2. Sed hæc hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione conveniatur, sive personali, *suo nomine:* nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur, sed pro sua tantum persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suæ promissioni cum jurejurando (quam *juratoriam* cautionem vocant), vel nudam promissionem, vel satisdationem, pro qualitate personæ suæ, dare compellitur.

Aujourd'hui les règles sont différentes. Si une personne est attaquée en son nom propre soit par une action *in rem*, soit par une action personnelle, elle n'est pas tenue de donner caution pour garantir le payement du procès; mais seulement d'assurer qu'elle restera dans l'instance jusqu'à la fin du litige; ou bien on s'en rapporte à son serment, c'est ce qu'on appelle une caution juratoire; enfin on se contente d'une simple promesse, ou l'on demande une caution, suivant la qualité de la personne.

Il y a là évidemment une réminiscence de l'ancien *vadimonium purum*, *cum satisdatione*, et *cum jurejurando*.

On comprend facilement comment l'abolition de la caution *judicatum solvi* avait rendu inutile l'emploi des interdits *quem fundum*, *quem usumfructum*, et les avait fait tomber en oubli.

Quant aux représentants, voici les nouvelles règles établies aux Institutes.

§ 3. Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur : in actoris quidem persona, si *non mandatum actis insinuatum est*, vel *præsens dominus litis in* judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur; eodem observando et si tutor, vel curator, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperint, litem quibusdam per alium inferunt.

Si un procès est intenté ou soutenu par procureur, quand on vient représenter le demandeur, sans avoir un mandat insinué, et sans que le maître du procès confirme son procureur par sa présence, il faut donner la caution *ratam rem dominum habiturum*; ceci doit être observé par les tuteurs, les curateurs et les autres personnes qui plaident pour autrui.

Ainsi l'insinuation du mandat, ou la présence du *dominus litis*, dispense le procureur de donner la caution *de rato*, et on applique

(1) L. 22, § 11, *de jure deliberandi*, 6, 30. = (2) L. 3, Cod., *de longi temporis præscript.*, 7, 22.

les anciennes règles suivies pour le *cognitor*, c'est-à-dire que l'action *judicati* est directement donnée au mandant, si le *procurator* triomphe; mais que, par contre, on lui opposera l'exception *rei judicatæ*, s'il veut agir de nouveau après la défaite de son représentant.

Pour le défendeur qui veut se faire représenter, les obligations deviennent un peu plus compliquées que sous le système formulaire, où il était si facile de constituer un *cognitor præsente adversario.* D'après les Institutes, il faut donner la caution *judicatum solvi* sans distinguer la nature de l'action *in rem* ou *in personam.*

Obligations du défendeur qui veut se faire représenter. Cautions. Hypothèque.

§ 4. Sin vero aliquis convenitur : si quidem *præsens* procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, et sui procuratoris personam per *judicatum solvi* satisdationis sollemnes stipulationes firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existit pro omnibus judicatum solvi satisdationis clausulis. Ubi et de *hypotheca* suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quam heredes sui obligentur; *alia* insuper *cautela*, vel *satisdatione*, *propter personam ipsius exponenda*, quod tempore sententiæ recitandæ in judicio invenietur, vel, si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

§ 5. Si vero reus præsto ex quacumque causa non fuerit, et alius velit defensionem subire, *nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda*, potest hoc facere, ita tamen, ut satisdationem judicatum solvi pro litis præstet æstimatione. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur.

Si le défendeur est présent et qu'il veuille constituer un *procurator*, il peut venir lui-même en justice et confirmer la personne de son représentant par les stipulations solennelles de la caution *judicatum solvi;* ou bien se porter extra judiciairement caution de son mandataire pour toutes les clauses de la caution *judicatum solvi.* Il faut alors qu'il donne une hypothèque sur ses biens, soit qu'il ait promis en justice, soit qu'il ait cautionné extrajudiciairement; ses héritiers sont soumis à la même obligation. Il doit en outre garantir qu'il se présentera au jour du jugement, et donner un fidéjusseur qui payera le montant de la condamnation s'il ne comparaît pas, et à moins qu'il n'y ait appel.

Si le défendeur est absent par une cause quelconque, et qu'un tiers veuille le défendre, il le peut, mais à condition de donner la caution *judicatum solvi* pour assurer le payement de la condamnation, sans distinguer entre l'action *in rem* et l'action *in personam.* Car, suivant l'ancienne règle, comme nous l'avons dit, personne ne peut valablement défendre pour autrui sans donner caution.

CHAPITRE PREMIER.

TRIBUNAUX SOUS LE SYSTÈME DES JUDICIA EXTRAORDINARIA (1).

Sommaire. — 1. *Tribunaux à Rome et à Constantinople.* — 2. *Juridictions nouvelles.* Defensores civitatum. Audientia episcopalis. — 3. *Règles de compétence.*

Dans cette période, l'État romain est divisé en deux parties, l'empire d'Occident et l'empire d'Orient. Rome perd pour un temps son antique prééminence, car les empereurs habitent tantôt Milan,

(1) Pour tout ce chapitre, V. M. Bonjean, *Traité des actions*, t. I, pages 213 à 238.

tantôt Ravenne: cependant, après le partage de l'empire, les empereurs d'Occident se fixèrent encore à Rome, et c'est là qu'on retrouve l'organisation judiciaire établie depuis le rétablissement du pouvoir monarchique. Pour Constantinople on a copié les magistratures romaines, et les principes de juridiction sont les mêmes.

La juridiction impériale domine toutes les autres.

Il y a toujours un tribunal qui domine tous les autres, c'est celui de l'empereur qui juge assisté de son ***auditorium*** (1). Marcien décida dans sa novelle I, § 1, qu'en principe on ne porterait plus les affaires en premier ressort devant la juridiction impériale, et pour les appels on chercha toujours à diminuer le nombre des causes sur lesquelles l'empereur devait statuer, soit en créant des commissions permanentes dans les provinces, soit en renvoyant les affaires aux préfets du prétoire ou à des juges délégués. C'est ainsi que Justinien décide qu'il jugera les appels contre les sentences rendues par les *judices* illustres, et ceux qui dépasseront vingt livres d'or; les autres pourvois sont portés devant un seul membre de l'*auditorium*, si le litige est au-dessous de dix livres d'or, et devant deux quand il s'agit de dix à vingt livres d'or (2).

On tend à restreindre les appels devant l'empereur

Extension donnée à la juridiction du *præfectus urbi.*

A Rome et à Constantinople, la juridiction civile se trouve presque tout entière entre les mains du *præfectus urbi*, dont l'importance va toujours en grandissant. En effet, il est juge civil et criminel. C'est devant lui qu'on porte les affaires concernant les membres des corporations de Rome et de Constantinople, pour les procès de tous les habitants de ces deux villes. Il statue également sur les contestations qui intéressent les sénateurs, lorsqu'ils sont défendeurs (3). Son autorité s'étendait encore à cent milles autour de Rome. Enfin, comme juge d'appel, le préfet de la ville fut investi de fonctions qui varièrent suivant les empereurs.

Des préteurs.

Quant aux préteurs, leurs attributions judiciaires ont presque entièrement disparu, pour passer entre les mains du préfet de la ville; il ne leur reste que des fonctions de juridiction gracieuse, telles que la nomination des tuteurs, la présidence des affranchissements, etc.

Juridictions de l'Italie.

L'Italie, dans cette période, n'a plus une organisation distincte des autres provinces; il faut noter seulement que les *duumviri* continuent à exister dans les municipalités; mais leur juridiction a été absorbée en grande partie par celle des *legati Cæsaris.*

Juridictions des provinces.

C'est dans l'organisation judiciaire des provinces que nous trouvons des principes tout nouveaux.

Augmentation du nombre des préfets du prétoire.

Pour diminuer l'influence des préfets du prétoire, dont la puissance avait souvent tenu en échec celle des empereurs, Constantin

(1) Sur l'organisation de l'*auditorium*, V. M. Bonjean, t. 1, p. 227. = (2) L. 35, 37, 39, § 2, Cod., *de appellationib.*, 7, 62. = (3) L. 11, Cod. Theod., *de officio præfect. urbi*, 1, 6. — L. 4, Cod., *de officio præfect. urbi*, 1, 28.

leur enleva leurs attributions militaires, et il augmenta leur nombre, en ayant soin de ne jamais les laisser plus d'un an en fonctions. Il divisa l'empire en quatre préfectures : l'Italie, l'Illyrie, l'Orient et les Gaules. Chacune d'elles eut son préfet du prétoire, administrateur suprême et juge, presque toujours en dernier ressort, des contestations soulevées dans son territoire (1).

Vicarii.

Au-dessous du préfet, à la tête de chaque diocèse, il y avait le *vicarius,* également investi des fonctions judiciaires (2).

Præsides.

Enfin, dans les provinces qui composent le diocèse, le gouverneur, *rector*, *præses*, est devenu *judex ordinarius*, tantôt au premier degré, tantôt comme juge d'appel des magistrats municipaux et des *defensores civitatum* (3).

Au dernier degré de la hiérarchie judiciaire, nous rencontrons deux nouvelles juridictions, celle du *defensor civitatis*, et l'*audientia episcopalis* :

Defensores civitatum. Leur origine. Leurs fonctions.

1° On appelait autrefois *defensores civitatum* les syndics nommés pour représenter les villes, dans les procès qu'elles avaient (4); mais ce n'étaient là que des fonctions temporaires.

En l'an 365 après J.-C., sous Valens et Valentinien III, on donna aux *defensores civitatum* des attributions permanentes, pour défendre les villes et les faibles contre les exactions si multipliées des lieutenants impériaux.

On leur confia en même temps une juridiction civile sur les affaires qui ne dépassaient pas cinquante solides; et au criminel ils constataient les délits et faisaient arrêter les coupables (5). On leur permit, en outre, de recevoir certains actes de juridiction gracieuse en l'absence des magistrats municipaux.

La nomination des *defensores* présentait ce caractère curieux, qu'ils étaient élus pour cinq ans, au suffrage universel et en dehors de la curie (6).

Sous Justinien, les fonctions du *defensor civitatis* sont augmentées : comme juge, il prononce jusqu'à trois cents solides, et il juge sur les délits de peu d'importance. « Audient quoque leviora crimina... » Sa juridiction gracieuse comprend l'insinuation des testaments et des donations, la nomination des tuteurs; il reçoit aussi les déclarations destinées à interrompre les prescriptions, etc. D'un autre côté, la durée de sa magistrature est réduite à deux ans (7).

L'appel des décisions du *defensor* est porté au tribunal du *rector provinciæ*.

(1) L. 16, Cod. Theod., *de appellat.*, 11, 30. = (2) L. 7, Cod. Theod., *de officio vicarii*, 1, 15. — L. 1, Cod., *de officio vicarii*, 1, 38. = (3) Novelle XV, ch. v. = (4) F. 1, § 2. — F. 6, § 3, *quod cujuscumque*. D. 3, 4. = (5) L. 1, Cod., *de defensorib.*, 1, 55. = (6) L. 2, 4, Cod., *de defensorib.*, 1, 55. = (7) Novelle XV, ch. I, III, V, VI.




Audientia episcopalis. Constitution de Constantin. Son étendue.

2° Il y avait un usage constant dans l'Église chrétienne, c'était de porter les contestations existant entre les fidèles devant les évêques qui statuaient comme arbitres souverains. Sous Constantin, cette juridiction devint en quelque sorte obligatoire, car une constitution à laquelle on attribue la date de 331 après J.-C. déclara en substance : 1° Que les sentences des évêques devaient être irrévocablement observées, quels que fussent la nature, la cause ou l'objet du litige; 2° que les parties ou l'une d'elles pourraient toujours exiger que le procès fût renvoyé devant l'évêque, même lorsque le juge laïque aurait commencé à rendre sa sentence; 3° les décisions des évêques étaient envoyées aux magistrats, et ceux-ci devaient les faire exécuter (1).

Discussion sur cette constitution.

Cette loi contient un tel déplacement de pouvoirs et donne à l'autorité spirituelle une si grande supériorité sur la juridiction temporelle, qu'on a longtemps prétendu qu'elle était l'œuvre d'un faussaire bien connu dans le neuvième siècle, du diacre Benedict Levita, de Mayence. Cette opinion, soutenue par Jacques Godefroy, était combattue par Selden et Janus à Costa. Aujourd'hui, on se rattache généralement au système qui admet la vérité de la constitution; en effet, on l'a retrouvée dans des manuscrits du huitième siècle, puis saint Ambroise et l'historien Zozomène établissent que Constantin avait voulu donner aux évêques une autorité supérieure à celle des magistrats. Il avait été amené à ce résultat par le désir de remédier aux abus de vénalité et de corruption qui déshonoraient les tribunaux laïques.

Restrictions de la juridiction épiscopale.

Toutefois les empereurs suivants vinrent limiter la juridiction de l'*audientia episcopalis*, et cette matière subit de nombreuses variations (2).

En 425, Valentinien III avait réduit la compétence des évêques aux causes concernant les clercs; en 452 il alla plus loin, en déclarant qu'ils ne pourraient juger qu'en vertu d'un compromis formel. Mais sous Majorien II, ils purent de nouveau statuer pour les procès pendants entre les ecclésiastiques.

Justinien, après avoir restreint la compétence des évêques aux moines cloîtrés, l'étendit ensuite à tous les procès entre les clercs, et même aux questions concernant les laïques, quand elles touchaient aux choses ecclésiastiques (3).

On appelait de l'évêque au président de la province.

Règles générales sur la compétence.

Les règles sur la compétence reçoivent une modification considérable à l'époque de Constantin. Quand on revendique contre le fermier, le propriétaire doit venir défendre au procès : *in loca, in*

(1) V. M. Laferrière, *Histoire du droit civil*, t. I. = (2) V. Zimmern, § 24. = (3) Novelles LXXIX, LXXXIII, LXXXVI. =

quibus prædium situm est (1). La compétence *rei sitæ* remplace donc la règle qui obligeait toujours à venir plaider au domicile du défendeur. Le nouveau principe est généralisé par les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius : « Sed et in locis in quibus res, « propter quas contenditur, constitutæ sunt, jubemus in rem actio- « nem adversus possidentem moveri (2). » Nous voulons que l'action *in rem* soit dirigée contre le possesseur, dans l'endroit où se trouvent les objets à l'occasion desquels on plaide.

Sous Justinien, cette règle continue à être suivie pour la revendication; quant à la *petitio hereditatis*, elle doit être jugée au domicile du défendeur, car il s'agit ici plutôt du droit en lui-même que des objets de la succession (3).

Dans la novelle LXIX, chap. I, l'empereur déclare qu'on poursuivra les auteurs d'un délit là où ils ont commis l'acte illicite; et les débiteurs, à la suite d'un contrat, là où ils ont fait la convention; c'est la continuation des anciens principes pour les droits personnels.

CHAPITRE II.

PROCÉDURE SOUS LE SYSTÈME DES JUDICIA EXTRAORDINARIA.

Sommaire. — 1. Vocatio in jus. — 2. Impetratio actionis. — 3. Litis contestatio. — 4. *Sentence.* — 5. *Péremption d'instance.* — 6. *Procédure contre les contumaces.*

A l'époque de Constantin, le procès commençait par la *denuntiatio litis*, dont nous avons parlé sous le système précédent; mais à ce moment ce n'est plus une formalité volontaire, elle est devenue obligatoire. La *denuntiatio* doit être insinuée au greffe du gouverneur ou des magistrats municipaux, avec prière de la notifier au défendeur. Celui qui avait négligé cette formalité était repoussé par une exception *non denuntiatæ actionis* (4). Dans certains cas, cette signification n'était pas exigée; ainsi quand il y avait eu *certa pecunia credita*, et que le droit était établi par un *chirographum*; ainsi la *petitio hereditatis*, la *querela inofficiosi testamenti*, les affaires concernant l'Église, etc. (5). — Modifications de la *vocatio in jus.* — *Denuntiatio actionis.*

Alors, au lieu de la *denuntiatio*, on employait un *libellus*, ou requête, adressée au magistrat pour qu'il eût à faire venir l'adversaire par les *viatores*. — Libellus.

On trouve enfin une troisième manière d'engager l'instance. Le demandeur s'adressait à l'empereur, et lui posait la question pour obtenir une réponse par rescript. Cette réponse, comme nous en voyons un grand nombre d'exemples dans le Code, était rédigée dans un sens dubitatif : Si les faits sont tels que tu les énonces, tu peux — *Rescripti editio.*

(1) L. 2, Cod., *ubi in rem*, 3, 19. = (2) L. 3, Cod., *ubi in rem*, 3, 19. = (3) L. unic., *ubi de hereditate*. Cod., 3, 20. = (4) L. 2, Cod., Theod., *de denuntiatione*, 2, 4 V. le commentaire de Godefroy sur cette loi. = (5) L. 3, 6, Cod. Theod., *de denuntiatione*, 2, 4.

aller saisir le gouverneur de la province; ou bien le rescript contenait le principe de droit qui devait servir à terminer le litige. On faisait insinuer ce rescript *apud acta* au greffe du juge compétent, et le *viator* en signifiait une copie à l'adversaire. Cette signification suffisait pour interrompre la prescription (1).

Epoque de Justinien.

Au temps de Justinien, un nouveau mode fut admis. Le demandeur présentait au magistrat un *libellus conventionis*, requête contenant l'exposé de sa demande; cet écrit devait être signé par la partie ou par un *tabularius*. On s'y engageait : 1° à lier l'instance dans les deux mois; 2° à la poursuivre jusqu'à la sentence. Enfin, on donnait caution pour garantir le payement des frais; cette caution ne pouvait pas dépasser trente-six solides, pour assurer que l'instance serait liée; elle était du dixième de la somme demandée pour garantir le remboursement des frais (2).

Sur cette requête, le magistrat pouvait refuser la permission de poursuivre; s'il l'accordait, il donnait l'ordre d'assigner, ce qui avait lieu par un *viator* attaché au magistrat.

Sportulæ et recepisse de la signification.

Le défendeur payait au *viator* un salaire, *sportulæ*, déterminé par les lois, et il lui donnait un récépissé par écrit constatant qu'il avait reçu la *vocatio in jus* (3). A ce moment il devait aussi fournir la caution *judicatum sisti* dans certains cas, et s'il refusait, on pouvait le mettre sous la garde de l'huissier; quelquefois même on s'assurait de sa personne en le renfermant dans une prison (4).

Le délai pour répondre était autrefois de dix jours, Justinien le porta à vingt jours, qui couraient à partir du récépissé donné au *viator* (5).

Impetratio actionis.

Jusqu'au règne de Théodose II, on avait conservé l'habitude inutile de faire une *postulatio actionis*, bien que tout se passât devant le même juge; celui qui avait négligé cette formalité était repoussé par une *exceptio non impetratæ actionis*. Mais, en 428, Théodose II et Valentinien III supprimèrent cette vaine formalité : « Nulli pror-« sus non impetratæ actionis... opponatur exceptio (6). »

Litis contestatio. Quand a-t-elle lieu?

Sous le système des *judicia extraordinaria*, la *litis contestatio* a changé de caractère et elle ne produit plus les mêmes effets. Ainsi c'est la *denuntiatio* qui rend perpétuelles les actions temporaires, ainsi il n'y a plus novation; on peut modifier ses prétentions pendant tout le litige, etc... Mais cependant la *litis contestatio* a encore son importance pour déterminer le moment avant lequel il faut op-

(1) L. 9, Cod, *de præscript.*, *30 vel 40 ann*, 7, 39. — L. 1, § 1, Cod., *de annali*, 7, 40. = (2) V. Novelle LIII, pr., et chap. I. — Novelle XCVI, ch. I. — Novelle CXII, ch. II. = (3) Novelle LIII, ch. III, § 2. — Novelle CXXIII, ch. XXVIII. = (4) Novelle CLI, ch. I. = (5) Novelle CIII, ch. III, § 2-3. = (6) L. 1, Cod. Theod., *de omissa actionis*, 2, 3. — L. 2, Cod., *de formulis*, 2, 58.

poser les exceptions dilatoires, pour établir l'époque à laquelle le détenteur devient comptable des fruits et ne peut plus aliéner la chose litigieuse, etc., etc. On admet généralement que la *litis contestatio* avait lieu après l'exposé des faits par les deux plaideurs. « Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per *narrationem* « negotii causam audire cœperit (1). » Lorsque l'instance était liée, la procédure suivait sa marche normale; chacune des parties cherchait à établir son droit par tous les moyens dont nous avons parlé en nous occupant des preuves (2). Le magistrat dirigeait l'instance, ordonnait les enquêtes, et renvoyait l'affaire quand elle ne pouvait se terminer le même jour.

La procédure continue comme autrefois.

Sentence.

Quand arrivait la sentence, le juge devait condamner ou absoudre; il ne pouvait plus dire : « Non liquet.» Valérien et Gratien ordonnèrent que la décision fût écrite et lue à haute voix aux parties; le préfet du prétoire ou les juges illustres avaient seuls le droit de la faire lire par un de leurs officiers. La sentence purement orale était nulle, si ce n'est dans les affaires minimes, et pour les décisions de l'*audientia episcopalis* (3). Nous savons déjà qu'à ce moment, le magistrat pouvait condamner à la chose elle-même, la sentence n'étant plus exclusivement pécuniaire; mais elle devait avoir autant que possible un caractère certain.

Péremption d'instance par trois ans, sous Justinien.

La péremption d'instance n'existait plus sous ce système; toute action commencée pouvait être abandonnée ou reprise pendant trente ans si une loi spéciale n'avait pas assigné au litige un terme plus court. Ainsi Constantin voulait que l'action de dol fût terminée dans les deux ans, les actions du fisc dans une année, etc. (4). Enfin Justinien, qui a limité à deux ans la durée des actions criminelles, fixe à trois ans la péremption des actions civiles : « Ne lites « fiant pene immortales, et vitæ hominum modum excedant... cen- « semus omnes lites... non *ultra triennii* metas post litem contes- « tatam esse protrahendas (5). »

Procédure par défaut.

Il peut enfin arriver que l'une des parties fasse défaut; voici quelle était alors la procédure suivie.

A. *Défaut du demandeur.*

Si celui qui a intenté le procès ne le poursuit pas, le défendeur peut obtenir un défaut congé, mais le droit n'est pas éteint, et on peut recommencer plus tard l'instance abandonnée.

Sous Justinien, si le défendeur le préfère, on examinera la ques-

(1) L. 1, Cod., *de litis contestatione*, 3, 9. = (2) V. Novelle XC. — Zimmern, § 148-149. = (3) L. 2-3, Cod., *de sententiis ex periculo*, 7, 44. — Novelle XVII, ch. III. — Novelle LXXXIII, préf. = (4) L. 8, Cod., *de dolo*, 2, 21. — L. 4, Cod. Theod., *de jure fisci*, 10, 1. = (5) L. 13, Cod., *de judiciis*, 3, 1.

tion et on la jugera au fond ; mais auparavant on fera trois dénonciations, de trente jours en trente jours, au défaillant; de plus, on attendra une année entière, et alors on statuera sur les pièces présentées par le défendeur. Si le demandeur revient pendant ce délai, il ne peut plaider qu'après avoir remboursé préalablement tous les frais qui ont été faits (1).

B. *Défaut du défendeur.*

Si le défendeur avait déjà donné la caution *judicatum sisti*, on poursuivait les fidéjusseurs ; enfin, si on pouvait saisir le défaillant, le magistrat avait le droit d'assurer sa comparution par l'emploi de la force armée. Quand le plaideur se cachait, on le faisait appeler trois fois par les hérauts et on lui envoyait trois *denuntiationes* à des intervalles de trente jours, après lesquelles on prononçait le jugement malgré son absence. Cette procédure est moins rigoureuse que celle suivie sous le système formulaire, puisqu'il n'y a *missio in possessionem* qu'après la sentence. Le condamné peut, de plus, venir faire opposition pendant quatre ans à la vente des biens, et les reprendre en donnant caution de payer tous les frais et le montant du procès (2).

Dans les actions *in rem*, le demandeur pouvait, après les trois dénonciations, faire juger l'affaire au fond, ou, s'il le préférait, il se contentait d'établir sommairement son droit et on l'envoyait en possession provisoire, sauf à discuter plus tard la question principale (3). Dans ce cas, le défendeur pouvait venir, dans l'année, reprendre la possession, en donnant caution; une fois ce délai écoulé, il était obligé de prendre le rôle de demandeur dans la *rei vindicatio* (4).

Celui qui avait commencé par défendre au procès et qui l'abandonnait ensuite était également condamné, après trois dénonciations de dix jours en dix jours, sans pouvoir revenir en aucune manière sur cette sentence (5).

Tout défaillant condamné ne peut pas attaquer le jugement en lui-même, mais il peut soutenir qu'on a eu tort de le traiter comme contumace (6).

(1) Novelle CXII, ch. III, § 2. = (2) L, 10, § 2, Cod., *de bonis auctoritate*, 7, 72. — Novelle LIII, ch. IV, § 1. = (3) L. 2, *in fine*, Cod , *ubi in rem*, 3, 19. = (4) L. 8, § 3, Cod., *de præscript. 30 vel 40 ann* , 7, 39. = (5) L. 13, § 2, Cod., *de judiciis*, 3, 1. = (6) Novelle LXXXII, ch. 5.

CHAPITRE III.

VOIES POUR ATTAQUER LES JUGEMENTS. MODES D'EXÉCUTION. PEINE DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES.

SECTION PREMIÈRE. — Voies d'attaque contre les jugements.

Sommaire. — 1. *Nullité de la sentence.* — 2. Restitutio in integrum. — 3. Retractatio. — 4. *Appel.*

A. *Nullité de la sentence.*

Quand il y a eu prononciation d'une sentence qui ne réunit pas les conditions voulues pour exister légalement, il n'y a de jugement que le nom, la chose n'existe pas; c'est ce que peut soutenir le condamné si on veut exécuter la prétendue décision, ou le demandeur s'il recommence le procès et qu'on veuille lui opposer l'exception *rei judicatæ*. Les causes de nullité sont à peu près les mêmes sous le système des *judicia extraordinaria* qu'à l'époque du système formulaire : 1° violation de la chose jugée; 2° décision directement opposée aux termes d'une loi ou d'un sénatus-consulte; 3° quand il y a plusieurs juges et qu'un seul a prononcé; 4° si la sentence a été le résultat de la vénalité du *judex*; 5° s'il y a eu incapacité, absence ou mort de l'une des parties; 6° si on a omis de suivre les formes de la procédure contre les contumaces; 7° si la sentence n'a pas été écrite et lue aux parties; 8° si le juge est incompétent, etc. (1). Dans ces divers cas, le jugement n'existe pas, et on peut toujours argumenter de cette inexistence.

B. *Restitutio in integrum.*

Les *judicia extraordinaria* peuvent aussi être attaqués par la *restitutio in integrum*, qui est accordée aux mineurs de vingt-cinq ans toutes les fois qu'ils sont lésés sans qu'il y ait eu dol de leur part. Quant aux majeurs, on leur donne le plus ordinairement la voie de l'appel; mais cependant, s'il y avait lieu, le magistrat pourrait les restituer *cognita causa* contre la sentence. Gordien disait : « Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas restaurari, exemplo grave est. » C'est une chose grave que de remettre en question la chose jugée, sous prétexte qu'on a retrouvé depuis de nouveaux titres (2). Quoi qu'il en soit, nous devons constater en principe que la restitution en entier contre une sentence est encore possible à l'époque de Justinien; il y en a des exemples au Digeste et au Code.

(1) V. Cod., *quando provocare non est necesse*, 7, 64. — Cf. Bonjean, t. II, page 530.

(2) V. Cod., *si adversus rem judicatam*, 2, 27. — L. 4, Cod., *de re judicata*, 7, 52. — L. 3, Cod., *ubi et apud quem*, 2, 47. — Add. Zimmern, § 177.

C. *Retractatio vel supplicatio.*

La *retractatio*, déjà mentionnée par Caracalla, était un recours des parties à l'empereur, pour obtenir la rescision d'un jugement contre lequel on ne pouvait pas se pourvoir en appel. Constantin punissait de la relégation celui qui employait la *retractatio* lorsqu'il pouvait appeler, et sa loi a passé dans le Code de Justinien, mais avec une modification; on ne prononce plus que la peine de l'infamie et la déchéance de tout recours (1).

On employait ordinairement ce moyen contre les sentences des préfets du prétoire, qui statuaient sans appel. Justinien décida cependant qu'on ne pourrait pas *supplicare* contre la sentence du préfet du prétoire lorsqu'il aurait jugé en troisième instance (2). La *supplicatio* n'avait pas d'effets suspensifs; mais si elle était signifiée dans les dix jours de la sentence, le vainqueur ne pouvait faire exécuter qu'en donnant caution, pour assurer la restitution si l'empereur annulait le jugement (3).

D. *De l'appel.*

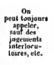
L'appel est sous ce système, comme sous le précédent, le recours à un magistrat supérieur pour obtenir la réformation de la sentence rendue par un juge inférieur. Il est encore suspensif, en ce que l'intimé ne peut pas ordinairement exécuter le jugement jusqu'à sa confirmation; il est dévolutif, en ce qu'il remet en question le droit des parties.

Hiérarchie. La hiérarchie de l'appel est celle-ci : des *defensores civitatum* et des *duumviri* on appelle au *rector provinciæ*; de celui-ci, soit au préfet du prétoire, soit au préfet de la ville, pour certaines provinces d'Italie et d'Afrique; du préfet de la ville et de tous ceux qui jugeaient par délégation de l'empereur, *vice sacra*, on appelait à l'empereur lui-même.

Depuis Constantin, on ne peut plus interjeter appel des décisions du *præfectus prætorio*, il faut alors recourir aux *supplicationes* adressées à l'empereur.

Théodose et Valentinien III diminuèrent le nombre des appels à l'empereur, en déclarant que certains pourvois seraient portés devant le préfet du prétoire; Justinien décréta également que l'*auditorium principis* ne s'occuperait pas des appels dont l'importance était au-dessous de vingt livres d'or; dans ce cas, il renvoyait les parties devant un ou deux juges qu'il déléguait (4).

(1) L. 17, Cod. Theod., *de appellat.*, 11, 30. — L. 3, Cod., *ut lite pendente*, 1, 21. = (2) L. unic. Cod., *ne liceat in una*, 7, 70. = (3) Novelle CIX, ch. v. = (4) L. 32, 37, Cod., *de appellat.*, 7, 62.



On pouvait, à l'occasion d'un procès, même minime, parcourir toute l'échelle hiérarchique. Valentinien III avait décidé qu'on ne pourrait pas appeler si la somme était au-dessous de cent solides (novelle XII); mais cette règle n'a point passé dans la compilation justinienne. Toutefois, il y a encore des cas où l'appel est interdit. Ainsi, quand il s'agit de l'ouverture d'un testament ou de l'envoi en possession d'un héritier institué (1). Puis Constantin défendit d'appeler des jugements interlocutoires avant la sentence définitive, à moins qu'il ne s'agit d'une question de compétence (2).



Pour éviter la multiplication des appels, les empereurs chrétiens avaient remplacé les anciennes amendes du système formulaire par des peines d'une sévérité vraiment exagérée. L'appelant qui succombait était condamné, s'il avait un patrimoine, à deux années de relégation et à la confiscation de la moitié de ses biens; le plaideur pauvre était envoyé deux ans dans les mines; enfin l'appel contre un jugement interlocutoire était puni d'une amende de cinquante livres d'argent (3). A l'époque de Justinien, la seule peine qui reste applicable à l'appelant de mauvaise foi, c'est la note d'infamie et l'amende de cinquante livres d'argent (4).

On ne peut pas appeler plus de deux fois.

Justinien déclara qu'on ne pourrait appeler plus de deux fois, ce qui limitait à trois instances les diverses phases que pouvait parcourir un procès (5).

Procédure sur l'appel.

La procédure d'appel est d'abord conforme à celle que nous avons expliquée pour le système formulaire, mais elle est successivement modifiée, surtout pour les actes introductifs d'instance.

On appelle, soit immédiatement, au moment de la sentence, soit postérieurement, en remettant au juge des *libelli appellatorii* qu'il doit recevoir. On prononce les peines les plus sévères contre les magistrats qui cherchent par violence ou par menaces à empêcher les parties d'user de leur droit d'appel. L'appelant pouvait s'adresser directement au juge supérieur, si on refusait de recevoir ses *libelli appellatorii*.

Délai pour appeler.

Le délai pour appeler a été jusqu'au règne de Justinien de deux jours quand on plaidait en son propre nom, et de trois jours lorsqu'on agissait comme procureur. Dans la novelle XXIII, chap. 1, le délai est porté à dix jours pour tous les cas.

Le juge dont on appelle doit rédiger les *apostoli*, acte d'appel, qu'il remet aux parties pour les porter au juge supérieur, et on n'est plus obligé d'attendre cinq jours pour les obtenir (6).

(1) L. 26, Cod. Theod., *quorum appellat.*, 11, 36. = (2) L. 2, 18, Cod. Theod., *quorum appellat.*, 11, 36. = (3) L. 3, Cod. Theod., *de officio præfect. prætor.*, 1, 5. — L. 40, Cod. Theod., *quorum appellat.*, 11, 36. = (4) L. 19, Cod., *de appellat.*, 7, 62. — L. 5, Cod., *quorum appellat.*, 7, 65. = (5) V. Cod., *ne liceat in una eademque causa*, 7, 70. = (6) L. 6, § 6, Cod., *de appellat.*, 7, 62.

Appel à l'empereur. *Relatio. libelli refutatorii.*

Sous le règne de Constantin, lorsqu'il y a appel à l'empereur, on procède un peu autrement. Le juge rédige, pour le *sacrum auditorem*, une *relatio* dans laquelle il expose l'affaire, et les parties y joignent l'exposé de leurs moyens dans des *libelli refutatorii*, qui ne doivent contenir que le résumé des griefs et pour lesquels Justinien recommande la concision (1). Il ordonne que les *apostoli* soient remis aux parties dans les trente jours de l'appel déclaré; le juge est responsable vis-à-vis des parties de toutes les conséquences que pourraient avoir sa négligence et son retard (2). De plus, il est condamné à une amende de dix livres d'or.

Défaut sur l'appel.

Une fois le juge d'appel saisi, s'il y a défaut du défendeur, on confirme la sentence; si c'est le demandeur qui ne comparaît pas, on examine l'affaire et on la juge de nouveau après l'expiration des délais dont nous allons nous occuper.

C'est ici, en effet, que nous rencontrons les règles les plus spéciales à la législation des empereurs en matière d'appel.

Délai pour juger l'appel. *Reparationes.*

L'instance doit être jugée en principe dans les quatre mois pour les affaires ordinaires, et dans les deux mois pour celles qui sont urgentes; il y a des augmentations de trois ou de six mois quand les parties sont dans des provinces séparées (3).

Si l'appel n'a pas été jugé dans ce délai, on ne déclarait point l'instance immédiatement périmée, car il y avait de nouveaux délais que pouvait invoquer l'appelant, et qui sont indiqués par les mots *reparationes* et *redintegrationes*. Valentinien Ier accordait une *reparatio* de trois mois pour les sentences des magistrats supérieurs, et de trente jours lorsqu'il s'agissait des *duumviri* et des juges pédanés. Théodose II donnait une seconde *reparatio* s'il y avait eu des motifs graves empêchant de profiter de la première. Dans tous les cas, il faut faire connaître à l'adversaire qu'on emploie les *reparationes*, afin qu'il ne soit pas amené à croire qu'il y a abandon de l'appel.

Dies fatales établis par Théodose II.

Les règles dont nous venons de donner le résumé ne se retrouvent plus dans la compilation de Justinien; elles y sont remplacées par une constitution de Théodose II, qui établit un nouveau système de délais appelés *dies fatales* (4).

Suivant la qualité du magistrat dont on appelle, le délai pour faire statuer sur la demande est de six mois, trois mois ou deux mois. Le dernier jour de ce laps de temps forme le premier *dies fatalis*; si l'appelant ne s'est pas présenté, l'affaire est renvoyée au trente et unième jour suivant (second *dies fatalis*). Puis il y a encore un troi-

(1) L. 39, § 1, Cod., *de appellat*, 7, 62. = (2) Novelle CXXVI, ch. III. = (3) Arg, l. 6, Cod., *si pendente appellat*, 7, 66 — L. 41, 68, Cod. Theod., *de appellat.*, 11, 30. = (4) L. 2, Cod., *de temporibus*, 7, 63.

sième et un quatrième renvoi de trente et un jours en trente et un jours (troisième et quatrième *dies fatalis*). Si le *dies fatalis* tombe un jour férié, on doit se présenter la veille. On peut enfin demander à l'empereur un dernier délai de trois mois après les *dies fatales;* mais ce délai court de la date du quatrième *dies fatalis;* dès lors, si l'empereur ne répond à la requête qu'un mois après le quatrième *dies fatalis,* il faut que l'appel soit jugé dans les deux mois, à peine de déchéance. Sous Justinien, les délais de l'appel varient en raison de l'éloignement des parties; il porte à neuf jours continus l'espace compris par le quatrième *dies fatalis,* et enfin il réduit à un an le délai de deux ans qu'il avait d'abord établi pour juger certains appels (1).

SECTION II. — Modes d'exécution des jugements.

Sommaire. — 1. *Justinien augmente le délai.* — 2. *Exécution sur la personne.* — 3. *Cession de biens.* — 4. *Vente en détail du patrimoine.*

On a quatre mois pour exécuter la sentence.

Il faut remarquer immédiatement que Justinien vient encore modifier le délai donné pour exécuter les sentences; la loi des douze Tables avait accordé trente jours, le préteur deux mois, Justinien en donne quatre au condamné et à ses fidéjusseurs (2).

Il y a encore contrainte par corps.

La contrainte personnelle contre les débiteurs est encore mentionnée dans plusieurs textes; Justinien parle (novelle CXXXV, chap. 1) du *supplicium corporis*, mais il est fort probable que la détention avait lieu dans une prison publique et non chez le créancier (3). Du reste, on peut encore éviter cette contrainte corporelle, quand on faisait la cession de biens, ou quand on obtenait un délai de cinq ans en donnant des fidéjusseurs. Ce délai était accordé par la majorité en somme des créanciers; on ne tenait compte de la majorité en nombre que lorsqu'il y avait égalité dans les créances (4). Enfin Justinien décide, dans la novelle CXXXV, chap. 1, que les gouverneurs de province devront arrêter les poursuites des créanciers, si le débiteur jure qu'il n'a pas actuellement les moyens de s'acquitter.

Poursuites sur les biens.

Quant aux poursuites sur les biens, elles n'ont plus lieu par saisie en masse; on vend les biens en détail jusqu'à concurrence de ce qu'il faut pour payer les créanciers. Dans certains cas, on procède par *pignoris capio*, saisie de gages vendus aux enchères et attribués aux créanciers, si on ne trouve pas d'acquéreur (5).

La vente des biens n'entraîne plus la note d'infamie pour le débiteur.

(1) Cf. L. 37, Cod., *de appellat.*, 7, 62, et L. 5. pr., § 1-2, Cod., *de temporibus et reparationib.*, 7, 63. = (2) L. 2, 3, § 1, Cod. *de usuris rei judicatæ*, 7, 54. = (3) L. 23, Cod., *de episcopali audientia*, 1, 4. = (4) L. 8, Cod., *qui bonis cedere possunt*, 7, 71. — La cession de biens est faite avec les mêmes formes qu'à l'époque du système formulaire. = (5) V. F. 15, § 3, *de re judicata*. D. 42, 1. — L. 10, Cod., *de bonis auctoritate*, 7, 72.



SECTION III. — Peines infligées aux plaideurs téméraires.

Sommaire. — 1. *Peines contre le demandeur.* — 2. *Peines contre le défendeur.* — 3. *Condamnation aux frais.*

A l'époque de Justinien, la plupart des peines que nous avons mentionnées dans le système formulaire ont disparu ; cependant il en reste encore quelques-unes.

A. *Contre le demandeur.*

Peines contre le demandeur téméraire.

Nous avons vu qu'en appel le demandeur téméraire peut être puni d'une amende de cinquante livres d'argent. Puis, nous savons comment on punit celui qui fait une *plus petitio re aut tempore* (1). Enfin, Justinien déclare qu'on pourra toujours exiger du demandeur le serment qu'il n'agit pas de mauvaise foi *calumniæ causa*, et on trouve dans les textes la mention de peines pécuniaires ou publiques contre les calomniateurs (2). Mais nous n'avons pas de détails précis sur ce point.

B. *Contre le défendeur.*

Instit., liv. IV, tit. XVI.

§ 1. Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex nostra constitutione defertur : nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans, se bona instantia uti, ad contradicendum pervenit. At adversus inficiantes ex quibusdam causis dupli vel tripli actio constituitur, veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agetur. Item *actoris* quoque calumnia coercetur : nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteris calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit, quia in partem *decimam* litis actorem multabat, quod nusquam factum esse invenimus; sed pro his introductum est et præfatum jusjurandum, et ut improbus litigator etiam damnum et *impensas litis* inferre adversario suo cogatur.

D'après notre constitution, on défère le serment à tous les défendeurs. En effet, ceux qu'on assigne ne peuvent faire valoir leurs moyens qu'après avoir juré qu'ils sont convaincus que leur résistance est juste. Puis, dans certains cas, l'action croît au double ou au triple contre ceux qui nient, par exemple, dans le cas de la loi Aquilia ou des legs faits aux lieux saints...... De même la mauvaise foi du demandeur est réprimée, parce qu'il doit également, suivant notre constitution, prêter le serment *de calumnia*. De même les avocats des deux parties doivent prêter serment. Tout cela a été introduit pour remplacer l'ancienne action *de calumnia*, qui est tombée en désuétude, et qui entraînait la peine d'un dixième du procès, ce que nous n'avons jamais vu appliquer; nous avons introduit à sa place le serment mentionné, et obligé le plaideur de mauvaise foi à payer à l'adversaire les frais et les dommages et intérêts.

Dans ce paragraphe, Justinien résume une partie des peines que peut encourir le défendeur téméraire. D'abord devenir parjure et être soumis à la punition religieuse du faux serment ; puis, dans certains cas, être condamné au double quand la négation fait croître

(1) V. Cod., *de plus petitionibus*, 3, 10. — (2) V. l. 4-5, Cod., *de fructibus et litium*, 7, 51.

le procès *in duplum*. Enfin, il faut ajouter la peine de l'infamie qui menace les défendeurs dans les procès de tutelle, de mandat, de société, etc. (1).

Comme dernière sanction, Justinien prononce la condamnation aux frais du procès.

Valentinien et Valens voulaient en outre que le possesseur de mauvaise foi rendit les fruits perçus au double (2), et que la partie condamnée supportât de plein droit les frais de l'instance. On devait donner caution pour garantir ce payement. Théodose II, au contraire, compensait les frais si le juge ne les avait pas mis spécialement à la charge de l'une des parties. Mais à l'époque de Justinien, les frais sont supportés par celui qui est vaincu : « Omnes judices « qui sub imperio nostro constituti sunt sciant *victum* in expen- « sarum causas *victori* esse condemnandum, quantum pro solitis « expensis litium juraverit (3). »

LIVRE QUATRIÈME.

THÉORIE DES INTERDITS.

Notion de l'interdit. Vocabulaire employé.

L'interdit est un ordre donné par le préteur dans une contestation existant entre deux personnes : « Obtinuit..... interdicta appellari, « quia inter duos dicuntur. » Toutefois, ce vocabulaire n'avait pas été admis, dans l'origine, pour tous les cas; Gaïus dit en effet : « Vo- « cantur autem DECRETA cum fieri aliquid jubet, velut cum præ- « cipit ut aliquid exhibeatur aut restituatur; INTERDICTA vero, cum « prohibet fieri, velut cum præcipit ne sine vitio possidenti vis fiat, « neve in loco sacro aliquid fiat (4). » On appelle ces ordres décrets, lorsque le préteur ordonne de faire quelque chose, par exemple, d'exhiber un objet ou de le restituer; on les appelle interdits, quand le préteur prohibe de faire quelque chose, par exemple, quand il défend de violenter un possesseur, ou de faire des travaux sur un terrain sacré. La dénomination d'*interdictum* finit par embrasser tous les cas; Zimmern pense cependant que, dans l'origine, on employait par préférence le mot *decretum*.

Origine des interdits.

Les interdits sont d'origine prétorienne, et ils ont été mis en vigueur pendant la durée du système formulaire. Mais il est bien probable que la législation antérieure avait déjà prévu des faits qui rentrèrent ensuite dans le domaine des interdits; il y a eu transformation de certaines actions qui se sont perdues : on peut citer comme

(1) V. *supra* ce que nous avons dit à l'occasion du système formulaire. = (2) L. 1-2, Cod. Theod., *de fructibus*, 4, 18. = (3) L. 13, § 6, Cod., *de judiciis*, 3, 1. — Novelle LXXXII, ch. x. — Add. Zimmern, § 181. = (4) G. C. IV, § 140.

exemples le droit d'aller ramasser les fruits tombés sur le fonds d'autrui, ce qui a donné lieu plus tard à l'interdit *de glande legenda*; le cas où l'on pouvait couper les branches de l'arbre qui empiétait sur un terrain, ce qui a été certainement l'origine de l'interdit *de arboribus cœdendis* (1), etc.

Opinion de M. de Savigny.

M. de Savigny, dans son *Traité de la possession*, page 198, rattache la création des interdits, qui ont pour but de protéger la possession, aux concessions de l'*ager publicus*. Il cherche à prouver l'exactitude de son opinion en établissant : 1° que le mot *possessio* s'appliquait bien à la condition des concessionnaires de l'*ager publicus*; 2° que le mot a été étendu ensuite de ces terrains à l'*ager privatus*; mais cette donnée historique est tout à fait hypothétique.

But des interdits.

Les interdits ont été créés dans un but d'utilité publique; ce sont des règlements de police destinés à éviter les voies de fait. M. Ducaurroy pense, n° 1350, que les préteurs ont préludé par là aux concessions d'actions, car c'est sous le point de vue *vim fieri veto* que les interdits ont été appliqués aux intérêts privés.

D'abord le préteur, usant de son *imperium*, établissait la règle destinée à faire loi entre deux plaideurs qui venaient devant lui, et c'est dans ce sens qu'on a dit: «Interdicta vi ipsa personalia sunt (2).» Si l'ordre donné était violé, ou s'il y avait difficulté sur son exécution, le préteur organisait un *judicium* : « Ad judicem recupera« toresve itur.» Il fallait donc, dans l'origine, s'adresser deux fois au magistrat: 1° pour obtenir la détermination de la règle, *decretum*, *interdictum*; 2° pour faire organiser le *judicium* destiné à sanctionner l'ordre donné.

Avec le temps, comme les mêmes faits se représentaient fréquemment, les préteurs placèrent par avance dans leur édits certains ordres ou certaines prohibitions. La loi se trouvait ainsi faite pour tous, et quand une ou plusieurs personnes prétendaient qu'elle avait été violée, elles n'avaient plus qu'à demander la formule promise; c'est là ce qui explique comment on trouve au Digeste des formules extraites de l'édit (3).

Quand vint le système des *judicia extraordinaria*, les interdits proprement dits cessèrent de former une classe d'actions spéciales, puisque le magistrat prononçait lui-même sur toutes les contestations, sans distinguer s'il s'agissait de la possession ou de la propriété.

Choses auxquelles on applique les interdits.

Les interdits s'appliquaient, dit Ulpien, aux choses de droit divin ou de droit humain (4): de droit divin, comme dans les interdits

(1) V. Digeste, liv. 43, tit. XXVII et XXVIII. = (2) F. 1, § 3, *de interdictis*. D. 43, 1. = (3) V. Digeste, liv. XLIII, tit. II, IV, V, VIII, XI XII, etc., etc. = (4) F. 1, pr., *de interdictis*. D. 43, 1.

ne quid fiat in loco sacro, ou de *mortuo inferendo*; de droit humain, pour les choses en dehors du droit religieux. Mais il faut faire une distinction; en effet, certains objets *humani juris* ne sont la propriété de personne, ainsi un homme libre; cependant il y avait l'interdit *de homine libero exhibendo*; d'autres appartiennent à des personnes morales, et c'est à elles qu'on appliquait les interdits *de locis publicis, de viis et de fluminibus*, etc. C'est là ce qui constitue ce qu'on peut appeler la classe des interdits administratifs; il y avait enfin, pour les choses qui sont dans le patrimoine des particuliers (1), les interdits *rei familiaris causa*; ils s'appliquaient toujours à la possession envisagée sous divers points de vue.

§ 139. Certis ex causis prætor aut proconsul, principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit, quod tunc maxime facit cum de *possessione* aut *quasi possessione* inter aliquos contenditur. Et in summa, aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet : formulæ autem verborum et conceptiones quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur.

Dans certains cas, le préteur ou le proconsul interpose son autorité, surtout pour terminer les contestations qui s'élèvent à l'occasion de la possession ou de la quasi-possession. En résumé, il ordonne ou il défend de faire quelque chose; et les formules dont il se sert pour cela sont appelées interdits ou décrets. Gaius, C. IV.

Comme dans cet ouvrage nous nous occupons uniquement du droit civil romain, nous laisserons de côté les interdits *de rebus divinis* et *de rebus publicis*, et nous diviserons nos explications en trois chapitres. Dans le premier, nous donnerons le commentaire exégétique du titre des Institutes *de interdictis*. Dans le second, nous exposerons les principes appliqués à la *quasi juris possessio*. Enfin, dans le troisième, nous donnerons l'énoncé des règles spéciales suivies dans la procédure des interdits.

CHAPITRE PREMIER.

EXPLICATION DU TITRE DE INTERDICTIS AUX INSTITUTES (LIV. IV., TIT. XV).

Sommaire. — 1. *Principes généraux. Division des interdits.* — 2. *Interdits* adipiscendæ possessionis. *Interdit* quorum bonorum. *Interdit* Salvien. *Interdits* possessorium, sectorium, quod legatorum. 3. *Interdits* retinendæ possessionis, uti possidetis, utrubi. — 4. *Interdits* recuperandæ possessionis, unde vi, de clandestina possessione, de precario. *Y avait-il un interdit* momentariæ possessionis ?

Pr. Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat. Quod tunc maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

Il faut maintenant nous occuper des interdits, ou des actions données à leur place. Les interdits étaient des formules arrêtées, par lesquelles le préteur ordonnait ou défendait de faire quelque chose. Cela avait lieu surtout quand il y avait discussion entre des personnes quant à la possession ou la quasi-possession. Instit., liv. VI, tit. XV.

(1) F. 2, § 3, *de interdictis*. D. 43, 1.

On peut donner deux sens aux mots *seu de actionibus*, qui se trouvent dans le paragraphe, et y voir, soit une allusion au système des *judicia extraordinaria*, soit un exemple du vocabulaire employé quelquefois par les auteurs. Ainsi dans son discours *pro Cæcina*, ch. II, § 32, Cicéron dit : « Hanc puto me habere *actionem* « ut per interdictum. » Le Fragment 43, *ad legem Aquiliam*, D. 9, 2, porte : « Eadem puto dici posse etiam de hac *actione* quod vi aut « clam. » Enfin, dans le Fragment 37, *de obligationibus et actionibus*, D. 44, 7, on trouve : « Interdicta quoque *actionis* verbo « continentur. »

En ce qui touche la *quasi juris possessio*, nous verrons qu'on avait, tantôt des interdits utiles, tantôt des interdits spéciaux.

§ 1. Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. *Prohibitoria* sunt, quibus vetat aliquid fieri, veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi, vel in loco sacro ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. *Restitutoria* sunt, quibus *restitui* aliquid jubet, veluti cum bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro herede, aut pro possessore possidet ex ea hereditate, aut cum jubet ei, qui vi possessione fundi dejectus sit, *restitui* possessionem. *Exhibitoria* sunt, per quæ jubet *exhiberi*, veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putant, proprie *interdicta* ea vocari, quæ prohibitoria sunt, quia *interdicere* est *denuntiare* et *prohibere*; restitutoria autem et exhibitoria proprie *decreta* vocari : sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

La division générale des interdits est celle-ci : ils sont prohibitoire, restitutoires ou exhibitoires. Sont *prohibitoires* ceux par lesquels on défend de faire quelque chose, par exemple de faire violence à celui qui a une possession sans vice, ou bien à celui qui veut porter un mort dans un sépulcre où il a le droit de l'inhumer, ou bien de bâtir sur un terrain sacré, ou bien enfin de faire dans un fleuve public ou sur ses rives des travaux qui entravent la navigation. Sont *restitutoires*, ceux par lesquels on ordonne de restituer quelque chose, par exemple, de rendre au *bonorum possessor* la possession des objets de la succession qu'il possède *pro herede* ou *pro possessore*, ou bien quand on ordonne de rendre la possession d'un fonds à celui qu'on a chassé par violence. Sont *exhibitoires*, ceux par lesquels on ordonne d'exhiber, par exemple la personne qu'on veut faire déclarer libre, ou l'affranchi duquel le patron réclame des services, ou l'enfant qui est en puissance de son père. Des personnes pensent qu'il faut appliquer exclusivement le mot interdit à ceux qui sont prohibitoires, parce que *interdicere* c'est dénoncer et défendre; on appellerait *decreta* les ordres de restituer et d'exhiber. Mais on a préféré appeler tous ces actes *interdicta*, parce qu'ils sont rendus entre deux parties.

Termes employés par les préteurs.

Pour les interdits prohibitoires, le préteur disait : « Vim fieri veto. » Pour les autres : « Restituas, ou exhibeas. »

Les exemples donnés par les Institutes ne présentent pas de difficultés.

Vel mortuum inferenti. C'est un interdit accordé à celui qui éprouvait un trouble quand il voulait inhumer un mort dans un sépulcre dont il était propriétaire; ou bien si on l'empêchait de traverser un fonds pour y arriver. Lorsque la contestation portait sur le droit d'inhumation lui-même, il y avait lieu à une action préjudicielle (1).

Le texte suppose ensuite un interdit exhibitoire pour un homme libre qui est retenu *in servitute.* Théophile donne l'exemple suivant dans sa paraphrase : « Vous retenez mon frère en disant qu'il est votre esclave, et vous le cachez lorsque je veux intenter la *causa liberalis.* Comme je ne puis faire l'*assertio libertatis* en l'absence de la personne dont l'état est mis en question, j'intente contre vous un interdit exhibitoire. » M. Schrader fait remarquer que c'est le seul texte du droit romain où cet interdit soit mentionné; car dans l'interdit *de homine libero exhibendo* dont on parle au Digeste, liv. XLIII, tit. XXIX, on ne suppose pas qu'il y ait contestation sur la qualité de la personne retenue en esclavage. Dans l'hypothèse des Institutes, Paul donne l'action *ad exhibendum,* bien qu'en principe on ne l'applique pas aux personnes libres (2).

§ 2. Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.

Division des interdits.

Une autre division des interdits, c'est que les uns sont établis pour faire acquérir la possession, d'autres pour la conserver, et d'autres pour la recouvrer.

Cette division est exclusivement applicable aux interdits *quæ ad rem familiarem spectant.*

Il faut ajouter à la division énoncée par le texte, les interdits doubles : « Quæ sunt tam adipiscendæ quam recuperandæ posses- « sionis, » comme les interdits *quem fundum,* ou *quam hereditatem,* lorsque le défendeur refuse de donner la caution *judicatum solvi.*

§ 3. Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur *quorum bonorum,* ejusque vis et potestas hæc est, ut, quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat (pro herede autem possidere videtur, qui putat, se heredem esse; pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens, ad se non pertinere, possidet). Ideo autem *adipiscendæ possessionis* vocatur interdictum, quia ei tantum utile est,

1re classe. Interdits *adipiscendæ possessionis.*

On donne un interdit pour acquérir la possession au *bonorum possessor* et on l'appelle *quorum bonorum;* son effet et sa force est de contraindre celui qui possède comme héritier ou *pro possessore* une chose faisant partie d'une succession, à la rendre à celui auquel on a donné la possession des biens; celui-là possède comme héritier, qui se croit investi de la succession; on détient *pro possessore,* lorsqu'on possède sans titre une chose héréditaire ou toute une succession dont on sait ne pas être propriétaire. Cet interdit est appelé *adipiscendæ possessionis*, parce qu'il est utile seulement à celui qui veut

(1) F. 8, § 5, *de religiosis.* D. 11, 7. = (2) F. 12, *ad exhibendum.* D. 10, 4.

qui *nunc primum conatur adipisci rei possessionem :* itaque si quis, adeptus possessionem, amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque, quod appellatur *Salvianum*, adipiscendæ possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

avoir pour la première fois la possession d'une chose; si on a déjà eu la possession et qu'on l'ait perdue, cet interdit est inutile. L'interdit appelé *Salvien* est aussi destiné à faire acquérir la possession; le maître du fonds l'emploie à l'occasion des choses que le colon avait promis de donner en gage pour assurer le payement du fermage.

But de ces interdits. Il faut bien remarquer que les interdits *adipiscendæ possessionis* servent à acquérir une possession dont on n'a jamais été investi; si on a possédé la chose et qu'on ait perdu la possession, cette classe d'interdits est inutile (1). Les Romains avaient plusieurs interdits rentrant dans cette classe; nous allons examiner leur caractère et leurs effets.

A. *Interdit quorum bonorum.*

Pour comprendre cet interdit, il faut se reporter à la division, si fréquente en droit romain, des successions déférées par le droit civil, et de celles dont le droit prétorien avait établi les règles d'attribution.

Pour être *heres ex jure civili*, il fallait venir en vertu d'une institution solennelle faite dans un testament, ou bien être membre de la famille romaine, comme le fils *in potestate*, la femme *in manu*, les agnats. Ces héritiers faisaient valoir leurs droits par la *petitio hereditatis*, accordée contre tous ceux qui détenaient *pro herede* ou *pro possessore* un objet de la succession (2). Quand le détenteur avait été condamné, il devait remettre au véritable héritier tout ce qui appartenait au défunt, tout ce qu'il était en voie d'usucaper, et toutes les choses dont il était responsable, parce qu'on les lui avait prêtées ou qu'il en était dépositaire. Enfin tous les fruits et accessoires produits par les objets héréditaires.

A côté de l'hérédité civile se trouvait l'hérédité prétorienne, connue sous le nom de *bonorum possessio*, institution qui présente un caractère remarquable, puisqu'elle est tantôt conforme au droit civil, tantôt en opposition avec ses règles. Le préteur promet en effet la *bonorum possessio*, soit pour confirmer le droit civil, soit pour le corriger, et nous savons dans quel délai et suivant quels principes il accordait la *bonorum possessio contra tabulas*, ou *unde liberi* pour les enfants émancipés. Avec le temps, les héritiers prétoriens firent valoir leur droit par la *possessoria hereditatis petitio*, dont les effets amenaient les mêmes résultats que la pétition d'hérédité civile.

(1) G. C. IV, § 144, *in fine*. =(2) V. t. I, page 407.

Enfin, dans les hérédités, on avait encore l'interdit *quorum bonorum*, à l'occasion duquel nous devons rechercher quand et comment le préteur le donnait.

Le Fragment 1, *quorum bonorum*, D. 43, 2, porte que cet interdit est donné contre ceux qui détiennent *pro herede* ou *pro possessore*; on ne le donnera donc pas contre ceux qui détiendront à un autre titre, *pro donato*, par exemple. Puis le Fragment 2 ajoute qu'il n'y a lieu à cette procédure que pour les choses corporelles, et non pour les créances qui sont dans l'hérédité; il y a là deux caractères importants à remarquer. Contre qui est donné l'interdit; pour quelles choses.

Si nous recherchons ensuite à qui on donne l'interdit, le texte des Institutes et celui de Gaïus, C. 3, § 34, nous apprennent que c'est à tout héritier civil ou prétorien qui a obtenu la *bonorum possessio;* d'où cette conséquence, déjà remarquée, que l'interdit sera tantôt en harmonie, tantôt en contradiction avec le droit civil. A qui?

Quant aux effets produits par l'interdit *quorum bonorum*, ils se manifestaient immédiatement par un résultat matériel; celui qui détenait la succession était obligé de la remettre au *bonorum possessor* (1), sauf à discuter ensuite la question de savoir quel était le véritable héritier. Mais il est fort probable que le préteur prenait des précautions destinées à éviter que le *bonorum possessor* ne profitât de son triomphe provisoire pour dilapider les biens composant l'hérédité; il devait exiger des cautions analogues à celles qu'il faisait donner *pro præde litis et vindiciarum*. On peut également conjecturer qu'il donnait à certains héritiers un moyen de repousser l'interdit, quand il était évident qu'ils devaient triompher dans la pétition d'hérédité, si, par exemple, un héritier sien, qui n'avait pas demandé la *bonorum possessio unde liberi*, était attaqué par un agnat. Ses effets.

Dans l'ancien droit, cette remise forcée de la possession produisait un effet très-important, puisque celui qui détenait l'hérédité pouvait usucaper *pro herede*, même lorsqu'il était de mauvaise foi. Adrien permit, il est vrai, de faire rescinder cette usucapion, et c'est à cela que font allusion les termes de l'édit : « Si nihil usucaptum « esset (2), » mais il est toujours avantageux de pouvoir se faire mettre en possession, et de jouer le rôle de défendeur dans la procédure, au pétitoire qui suivra l'interdit.

Celui qui succombait dans la *petitio hereditatis*, après avoir exercé l'interdit *quorum bonorum*, restait *bonorum possessor sine re* (3).

(1) G. C. IV, § 144. — (2) F. 1, pr., quorum bonor. D. 43. 2. — (3) Ulp. Reg., tit. XXVIII, § XIII.

Comment peut-on concilier l'interdit avec la petitio hereditatis possessoria?

A l'époque de la jurisprudence classique, on se demande à quoi peut encore servir l'interdit *quorum bonorum*, puisque les préteurs ont créé une *possessoria hereditatis petitio*, à l'occasion de laquelle Gaïus dit : « Per quam hereditatis petitionem, tantumdem consequi« tur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus « heres consequi potest (1). » Il faut prouver qu'on est *possessor bonorum* dans l'interdit, comme dans la *possessoria hereditatis petitio*; mais le premier moyen ne constitue qu'une question préjudicielle, tandis que le second porte sur le fond, et termine à tout jamais le litige; il est donc vraiment irrationnel d'employer l'interdit, puisqu'il exige les mêmes preuves que la *petitio possessoria*, qui a pour effet d'attribuer définitivement la succession. Cette objection a fait naître divers systèmes.

M. de Savigny pense qu'il y a identité de but entre l'interdit *quorum bonorum* et la *petitio hereditatis possessoria*. Dans ces deux procédures, la question d'hérédité serait examinée à fond et jugée définitivement. Pour expliquer leur coexistence, il dit que, dans l'origine, le droit prétorien, n'osant pas créer franchement des actions analogues à celles du droit civil, donnait des interdits à l'aide de son *imperium*. Lorsque plus tard il établit la pétition d'hérédité possessoire, il ne cessa pas d'employer l'interdit; mais l'action était plus avantageuse, en ce qu'on pouvait la diriger contre les débiteurs héréditaires, tandis que l'interdit n'était donné que contre les détenteurs de choses corporelles.

M. Ducaurroy fait remarquer une seconde différence importante, l'interdit est accordé même contre le véritable héritier du droit civil, tandis qu'il en serait autrement de la *petitio hereditatis possessoria*. C'est également l'avis de Zimmern : cet auteur pense que dans l'interdit, le *bonorum possessor* doit être nécessairement mis en possession, tandis que le véritable héritier repousserait la *petitio possessoria* par l'exception *justi dominii* (2).

Un système, généralement suivi dans les écoles françaises, a été présenté par M. Gaslonde; il établit que dans l'interdit *quorum bonorum* il faut prouver sa qualité de *bonorum possessor*, mais on pourra faire des réserves sur la question de propriété. Alors, pour contraindre l'adversaire à remettre les objets demandés, on n'avait à prouver qu'une seule chose, c'est que le défunt les possédait au moment de sa mort ; tandis que dans la pétition d'hérédité civile ou prétorienne, il aurait fallu établir le droit de propriété du *decujus*. En d'autres termes : dans la *petitio hereditatis possessoria*, il faut faire deux preuves : 1° que l'on est héritier ; 2° que le défunt avait la pro-

(1) F. 2, *de possessoria hereditat*. D. 5, 5. = (2) L. 3, Cod., *quorum bonor.*, 8, 2. — L. unic., Cod. Theod., *quorum bonor*, 4, 21.

priété ou un droit analogue sur la chose réclamée. Dans l'interdit *quorum bonorum*, au contraire, on n'a qu'une seule preuve à faire; on dit : Je suis héritier, donc, commencez par me remettre ce que possédait le défunt; si vous voulez établir ensuite qu'il détenait sans droit, vous aurez à le démontrer.

Dans ce système, on voit bien comment il était utile de conserver simultanément les deux modes d'action. Toutefois, nous l'avons entendu critiquer avec raison par M. Vuatrin (1). Il admettait bien que l'interdit *quorum bonorum* faisait avoir tout ce que possédait le défunt, même à la suite d'un vol; mais il niait qu'on fût toujours obligé de prouver la propriété dans la *petitio hereditatis possessoria*: suivant lui, il suffisait d'établir que le *decujus* avait eu une juste raison de posséder (2). Dès lors, les deux actions ne différeraient pas autant que le pensait M. Gaslonde; mais l'interdit avait toujours cet avantage, de faire acquérir la possession même de ce que le défunt détenait à la suite d'un acte illicite.

En résumé, l'interdit *quorum bonorum* est un moyen de sanction indirect que le droit honoraire a établi pour contraindre tous les héritiers à demander les possessions de biens. Quelquefois il ne constitue qu'un avant faire droit, parce que le détenteur dépouillé pourra intenter la pétition d'hérédité; quelquefois il terminera tout le litige, quand il sera demandé par celui qui est tout à la fois héritier suivant le droit civil et le droit prétorien.

Cet interdit diffère de la *petitio hereditatis possessoria* : 1° en ce qu'il ne s'applique qu'aux choses corporelles, tandis que l'action comprenait même les créances; 2° l'interdit faisait avoir la détention de ce que le défunt possédait même en vertu d'une cause illicite, l'action avait exclusivement pour objet les choses possédées à juste titre; 3° l'interdit pouvait être suivi de la *petitio hereditatis*, au contraire, l'action terminait le litige; 4° la pétition d'hérédité servait très-bien à réclamer des choses dont on avait déjà été possesseur; l'interdit ne s'appliquait jamais à ce cas, puisqu'il était *adipiscendæ possessionis*.

Sous Justinien, la *petitio hereditatis possessoria* a disparu; le système des hérédités est entièrement modifié, on ne donne plus l'interdit *quorum bonorum* qu'au véritable héritier et non contre lui; on n'admet pas de *bonorum possessor sine re*. Cependant l'interdit offre toujours l'avantage de pouvoir se faire remettre la possession des objets détenus par le défunt, sans avoir à prouver son droit à les posséder.

(1) Dans une leçon très-brillante qu'il fit en 1831, pendant le concours à la suite duquel il fut nommé professeur à la Faculté de Paris. = (2) Arg. du F. 19, pr., et § 2, *de petitione hereditatis*. D. 5, 3.

B. *Interdit Salvien.*

But de l'interdit Salvien.

Dans l'interdit Salvien, on suppose un colon qui a promis au propriétaire d'apporter certains objets sur le fonds pour le garnir et assurer ainsi le payement du loyer. Si le fermier manque à sa promesse, le bailleur, à l'aide de l'interdit Salvien, va saisir les objets et les fait transporter sur le fonds désigné. Du reste, les autres personnes qui prétendraient avoir un droit de gage antérieur pourront l'établir à l'aide de l'action hypothécaire, mais elles seront soumises à l'obligation de faire la preuve qu'elles peuvent invoquer la règle *prior tempore potior jure* (1).

Contre qui donne-t-on l'interdit?

On donne évidemment l'interdit contre le colon; mais le donnerait-on également contre les tiers détenteurs? Des auteurs ont interprété la loi 1, Code *de precario et Salviano*, 8, 9, dans le sens du refus de l'interdit contre les tiers; mais Théophile dit formellement qu'on a l'interdit contre toute personne, et ce système est confirmé par le Fragment 1, *de Salviano interdicto*, D. 43, 33. On donnait même l'interdit utile pour l'enfant de la femme esclave vendue par le colon, lorsque cet enfant était né chez l'acheteur (2). On se demande également si l'interdit Salvien pouvait permettre d'enlever la possession à celui qui avait reçu un gage véritable, mais nous ne le pensons pas; le créancier gagiste opposerait l'exception : « Nisi prius in mea possessione sit constitutus (3). »

Pour quelles créances on le donne.

L'interdit Salvien était donné, non-seulement pour le loyer de la ferme, mais encore pour toutes les créances qui seraient garanties par l'action Servienne (4). Quelques auteurs ont prétendu qu'on avait étendu l'interdit Salvien comme l'action Servienne, et qu'il y avait un interdit *quasi Salvianum.* Cette opinion n'est pas exacte; Théophile ne parle que du colon et du propriétaire; les autres créanciers n'ont pas un caractère assez favorable pour qu'on ait cru devoir les protéger en étendant un interdit de cette nature.

On s'est demandé enfin si l'interdit Salvien avait précédé l'action Servienne ou réciproquement? M. de Savigny donne l'antériorité à l'interdit; M. Ducaurroy met, au contraire, l'action en première ligne (5). C'est une question historique sur laquelle il est difficile d'avoir une opinion bien arrêtée.

Aux cas énoncés par les Institutes, il faut ajouter ceux que mentionne Gaïus.

(1) F. 2, *de Salviano interdicto.* D. 43, 33. = (2) V. Cujas, *Observat.*, liv. V, tit. XXIV. — Cf. G. C. IV, § 147. Dans l'autre système, l'interdit Salvien n'offrirait plus une bien grande utilité. = (3) Arg. F. 46, *de usucapionib.* D. 44, 3. — F. 35, § 1, *de pigneratitia actione.* D. 13, 7. = (4) F. 2. *in quibus causis pignus.* D. 20, 2. = (5) V. M. Ducaurroy, nº 1353.

§ 145. Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam *possessorium* vocant.

§ 146. Item ei qui publica bona emerit, ejusdem conditionis interdictum proponitur, quod appellatur *sectorium*, quod sectores vocantur qui publica bona mercantur.

On donne aussi à l'acheteur des biens d'un insolvable un interdit que certains auteurs appellent possessoire. Interdit *possessorium*. Caïus, C. IV.

De même on donne à celui qui achète des biens vendus au nom du peuple un interdit appelé *sectorium*, parce qu'on nomme *sectores* ceux qui achètent les biens vendus par le trésor public. Interdit *sectorium*.

Nous avons déjà fait remarquer que la vente des biens d'un débiteur, quand elle avait lieu au nom d'un particulier, donnait seulement à l'acquéreur la propriété du droit des gens, tandis que la vente opérée pour le compte du trésor public transférait aux *sectores* le *dominium ex jure Quiritium* (1).

Il faut enfin noter l'interdit *quod legatorum*, donné à l'héritier pour reprendre les choses dont les légataires s'étaient emparés sans en demander la délivrance (2).

2e classe. Interdits *retinendæ possessionis*.

La seconde classe d'interdits est destinée à faire conserver à une personne la possession qu'on veut lui enlever; c'est pour cela que les actions qui la composent sont appelées *interdicta retinendæ possessionis*.

Instit., liv. IV, tit. XV.

§ 4. Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta *uti possidetis* et *utrubi*, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quæritur, uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat. Et quia longe commodius est, possidere potius, quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam, cum obscura sint utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem uti possidetis de fundi vel ædium possessione contenditur, utrubi vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis et potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat : nam uti possidetis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat, si modo nec

On donne pour retenir la possession les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, lorsque deux personnes se disent propriétaires de la même chose; on commence par examiner celui qui doit posséder et celui qui doit être demandeur. Si on ne cherchait pas d'abord à qui appartient la possession, on ne pourrait pas organiser l'action pétitoire, puisque la raison et la loi veulent que l'un soit possesseur et que l'autre soit demandeur. Et comme il est plus avantageux de posséder que de poursuivre, il y a presque toujours une grande discussion sur la possession elle-même. L'avantage de la possession consiste en ce que, bien qu'on n'ait pas la propriété, la chose reste entre les mains du détenteur si le demandeur n'établit pas son droit; aussi, quand il y a doute, on prononce ordinairement contre le demandeur. On plaide sur la possession des fonds par l'interdit *uti possidetis*, et par l'interdit *utrubi* sur la possession des meubles. Chez les anciens, ces deux interdits avaient une efficacité bien différente: dans l'interdit *uti possidetis*, on donnait gain de cause à celui qui possédait au moment du procès, pourvu

(1) Varron, *de re rustica*, liv. II, tit. x : *Dominium legitimum sere fere res perficiunt... tum re cum in bonis sectionem cujus publice venit*. = (2) P. 4, § 2, *quod legat*. D. 43, 3, et F. Vatic., § 90.

vi, nec clam, nec precario nactus fuerat *ab adversario* possessionem, etiamsi alium vi expulerat, aut clam abripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret; utrubi vero interdicto is vincebat, qui *majore parte ejus anni* nec vi, nec clam, nec precario *ab adversario* possidebat. Hodie tamen aliter observatur : nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem pertinet, exæquata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario *ab adversario* litis contestationis tempore detinet.

qu'il n'y eût ni violence, ni clandestinité, ni précarité vis-à-vis de l'adversaire; peu importait qu'on eût violemment expulsé une autre personne, ou qu'on lui eût clandestinement enlevé la chose, ou qu'on lui eût demandé à la posséder précairement. Dans l'interdit *utrubi*, on faisait triompher celui qui pendant la plus grande partie de l'année courante avait possédé sans violence, sans clandestinité et sans précarité relativement à son adversaire. Aujourd'hui on suit d'autres règles; on a assimilé les effets des deux interdits quant à la possession, et soit pour les meubles soit pour les immeubles, on fait triompher celui qui possède au moment de la contestation sans violence, sans clandestinité, sans précarité vis-à-vis de son adversaire.

Le texte indique deux interdits *retinendæ possessionis*, l'un pour les immeubles, *interdictum uti possidetis*, l'autre pour les meubles, *interdictum utrubi*. Leur utilité principale est de fixer le rôle de défendeur dans le procès qui s'élève sur la question de propriété; cependant ils peuvent encore servir dans deux autres hypothèses : 1° pour obtenir protection contre un trouble portant atteinte à une possession qui existe déjà, si par exemple quelqu'un veut m'empêcher de bâtir sur mon terrain (1); 2° lorsque le trouble n'a pas encore eu lieu, mais qu'on a juste sujet de le craindre. Examinons maintenant les règles spéciales à chacun de ces deux interdits.

A. *Interdictum uti possidetis.*

Cet interdit n'est donné qu'à l'occasion des immeubles, maisons ou fonds de terre. Le préteur maintient en possession celui qui possède au moment du litige, sans qu'il y ait violence, clandestinité ou précarité vis-à-vis de l'adversaire; il faut bien remarquer le caractère relatif que doivent avoir les vices de la possession, pour empêcher de triompher dans l'interdit : peu importe qu'il y ait eu violence, ou qu'il y ait clandestinité vis-à-vis des tiers non engagés dans le procès (2).

Durée de l'interdit *uti possidetis.*

Le préteur ne donnait l'interdit que pendant une année utile à partir du trouble. « Intra annum quo primum experiundi potestas « fuerit, agere permittam (3). » Après ce délai, il aurait fallu employer l'action pétitoire pour reprendre la chose, ou l'action confessoire si le trouble avait consisté à empêcher le possesseur de bâtir

(1) F. 3, § 2, *uti possidetis*. D. 43, 17. = (2) G. C. IV, § 149. — F. 1, § 9. — F. 2, *uti possidetis*. D. 43, 17. Nous avons vu que pour l'usucapion ces vices seraient généraux, puisqu'ils empêcheraient le possesseur d'être de bonne foi. = (3) F. 1, *uti possiditis*. D. 43, 17.

ou de faire tout autre acte qui est ordinairement une conséquence de la propriété.

L'interdit n'est pas donné à ceux qui détiennent sans avoir l'*animus domini*; ainsi on le refuse au locataire d'une maison, au colon d'une ferme, aux créanciers qui se sont fait envoyer en possession *custodiæ causa*, parce que ces personnes ne possèdent pas; au contraire, on le donne à celui qui a acheté, même de mauvaise foi, une chose entachée du vice de vol ou de violence, parce qu'il a la volonté de posséder pour lui et d'une manière permanente (1).

On peut revenir à l'interdit, bien qu'on ait d'abord agi au pétitoire.

Remarquons enfin que suivant le Fragment 12, § 1, *de possessione*, D. 41, 2, on peut intenter l'interdit *uti possidetis*, bien qu'on ait déjà commencé à agir au pétitoire; il reste seulement à savoir l'effet que produira cette demande incidente. Nous pensons qu'elle arrêtait immédiatement la *rei vindicatio*; on jugeait la question de possession préalablement, et on revenait ensuite à la question de propriété en distribuant les rôles suivant l'issue de l'interdit (2). On n'admettait pas à Rome que l'exercice de l'action pétitoire fît supposer la renonciation à l'action possessoire.

Effets de l'interdit.

Les effets de l'interdit *uti possidetis* sont très-simples. On y détermine la partie qui doit rester en possession. S'il y a eu trouble effectué, le *judex* condamnait l'auteur à une indemnité évaluée *quanti interest* (3). S'il y a seulement trouble imminent, M. de Savigny pense que le *judex* forçait l'adversaire à donner caution pour l'avenir.

B. *Interdictum utrubi.*

L'interdit *utrubi* peut être *recuperandæ possessionis*.

Cet interdit est donné pour les meubles. Quand on dit qu'il est *retinendæ possessionis*, c'est presque toujours une fiction légale; en effet, on donne gain de cause non pas à celui qui possède au moment du procès, mais bien à celui qui a possédé pendant la plus grande partie de l'année qui vient de s'écouler. Le texte de l'édit était ainsi conçu : « Utrubi hic homo, de quo agitur, majore parte hujusce anni « fuit, quominus eum ducat vim fieri veto (4). » Théophile dit dans sa paraphrase : « Si j'ai possédé sept mois et que mon adversaire n'ait possédé que cinq mois, je dois triompher. » Sous ce point de vue, l'interdit *utrubi* avait un certain caractère *recuperandæ possessionis*. Le calcul du temps pendant lequel on avait possédé était tout à fait relatif: si je n'ai possédé que deux mois, mais que mon adversaire ait possédé « paucioribus diebus aut nullis, » je dois l'emporter (5). Mais c'est ici surtout qu'on appliquait la théorie de l'*ac-*

(1) F. 3, § 8, 10, *uti possidetis*. D. 43, 17. = (2) F. 18, § 1, *de vi*. D. 43, 16. = (3) F. 3, § 2, 3, 4, 11, *uti possidetis*. D. 43, 17. = (4) F. 1, *utrubi*. D. 43, 31. — G. C. IV, § 150. = (5) F. 156, *de verbor. obligat*. D. 50, 16.

cessio possessionum, en joignant sa possession à celle de son auteur, pourvu qu'il n'y ait pas de vices dans l'une ou dans l'autre. Certains auteurs soutiennent même qu'avant Justinien, c'était le seul cas où l'on appliquât l'*accessio possessionum* (1).

Gaius, C. IV. § 151. At in *utrubi* interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius quam justum est ei accedere : velut ejus cui heres extiterit, ejusque a quo emerit vel ex donatione acceperit. Itaque si nostræ possessioni juncta alterius justa possessio exsuperat adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus ; nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis non datur, nec dari potest ; nam ei quod nullum est, nihil accedere potest. Sed et si vitiosam habeat possessionem, id est aut vi aut clam aut precario ab adversario adquisitam, *non datur ; nam ei possessio* sua nihil prodest.

Dans l'interdit *utrubi*, on peut invoquer non-seulement sa propre possession, mais encore celle d'un autre qu'il est juste d'y ajouter ; par exemple, l'héritier invoque la possession de son auteur, l'acheteur celle de son vendeur, et le donataire celle du donateur. Et alors si, par cette addition, notre possession dépasse celle de l'adversaire, nous triomphons dans l'interdit. Celui qui n'a jamais possédé ne peut pas user de l'accession du temps, car on ne peut rien ajouter à ce qui n'existe pas. On ne donne pas non plus l'accession à celui dont la possession est vicieuse, c'est-à-dire à celui qui possède *vi*, *clam*, *aut precario*, vis-à-vis de l'adversaire, car sa propre possession ne lui sert pas.

§ 152. Annus autem retrorsus numeratur : itaque si tu, verbi gratia, anni mensibus possederis prioribus V, et ego VII posterioribus, ego potior ero.

On compte l'année rétroactivement ; si donc vous avez possédé, par exemple, pendant les cinq premiers mois de l'année, et moi pendant les sept derniers, je serai préféré.

L'effet de l'interdit est de faire conserver ou rendre la possession à l'une des parties; s'il y a eu trouble, on accorde des dommages intérêts, *quanti ea res erit*.

Sous Justinien, on change les règles de l'interdit *utrubi*. Ces principes étaient encore en vigueur à l'époque de Dioclétien (2), mais nous voyons, aux Institutes, qu'ils ont été modifiés, en ce que l'on ne fait plus de différence entre l'interdit *utrubi* et l'interdit *uti possidetis*; au temps de Justinien, on donne gain de cause à celui qui possède au moment du procès : « Nec vi, nec « clam, nec precario *ab adversario*. » Cette modification, dont la date est inconnue, explique l'interpolation du Fragment 1, *de utrubi*, D. 43, 31. Nous arrivons à la troisième division des interdits, aux moyens donnés pour reprendre une possession perdue.

3e classe. Interdits *recuperandæ possessionis*.

§ 6. Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit : nam ei proponitur interdictum *unde vi*, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi vel clam vel precario possidebat. Sed ex sacris constitutionibus, ut supra diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus

On donne un interdit pour reprendre la possession, lorsqu'une personne a été chassée par violence d'une maison ou d'un fonds ; on lui donne alors l'interdit *unde vi*, par lequel l'auteur de la violence est obligé de lui rendre la possession, bien que l'évincé eût luimême une possession violente, clandestine ou précaire. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, les constitutions

(1) V. M. de Savigny, *Traité de la possession*, p. 389-390. — (2) F. Vatic., § 293, 311.

est, dominio ejus privatur, si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica; sed de vi privata, si sine armis vim fecerit, sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica. *Armorum* autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intelligimus, sed et fustes et lapides.

sacrées ont décidé que celui qui s'emparerait par violence d'une chose en perdrait la propriété si elle lui appartenait, et serait obligé d'en payer une fois la valeur, après l'avoir rendue, si elle était à autrui. Celui qui enlève la possession par violence est en outre tenu de la loi Julia, sur la violence privée ou publique : sur la violence privée, s'il n'a pas employé d'armes; sur la violence publique, s'il a agi à main armée. Nous entendons par armes, non-seulement les boucliers, les épées et les casques, mais encore les bâtons et les pierres.

Quand on voulait reprendre une possession perdue, il y avait autrefois trois interdits, dont l'existence est incontestable : 1° l'interdit *unde vi*; 2° l'interdit *de clandestina possessione*; 3° l'interdit *de precario*. Nous aurons enfin à examiner s'il ne faut pas ajouter à cette liste un quatrième interdit spécial, connu sous le nom d'*interdictum momentariæ possessionis*.

A. *Interdictum unde vi.*

« Prætor ait : Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejicit, de « eo, quæque ille tunc ibi habuit, tantummodo *intra annum* post « annum de eo quod ad eum qui vi dejecit pervenerit, judicium « dabo (1). » Le préteur dit : Puisque tu as expulsé cette personne par violence, ou que ta *familia* l'a expulsée, je lui donnerai une action pendant l'année seulement, pour tout ce qu'elle avait dans ce lieu; et après l'année, pour tout ce qui sera parvenu à l'auteur de la violence. Formule de l'edit.

On distinguait autrefois deux espèces de violence : l'une exercée *sine armis*, l'autre *cum armis*; cependant il n'y avait qu'un seul interdit pour les deux cas. Mais en pratique, la distinction avait de l'importance dans les relations entre le patron et l'affranchi. Si le patron était coupable seulement de la violence *sine armis*, on ne donnait contre lui que l'action *in factum*; si l'affranchi avait été victime d'une violence à main armée, il pouvait intenter l'interdit *unde vi* contre son ancien maître (2). Il en était de même pour les enfants vis-à-vis de leurs ascendants. Autrefois il y avait deux sortes de violences.

En principe, tout possesseur évincé par violence peut demander l'interdit au préteur : « Dejicitur is qui possidet, sive civiliter, sive « naturaliter possideat; nam et *naturalis* possessio ad hoc interdic- « tum pertinet (3). » Cependant il ne serait pas exact de comprendre dans ces personnes le simple détenteur *sine animo domini*; le colon A qui donne-t-on l'interdit?

(1) F. 1, *de vi*. D. 43, 16. — (2) F. 1, § 43, *de vi*. D. 43, 16. — (3) F. 1, § 9, *de vi*. D. 43, 16.

évincé ne peut pas agir *unde vi*, on réserve l'action au propriétaire : « Si colonus tuus vi dejectus est, ages unde vi interdicto. Idem si « inquilinus tuus vi dejectus fuerit (1). » Il faut donc détenir à titre de propriétaire, ou avoir du moins la possession *ad interdicta*.

La seconde condition, c'est qu'il y ait eu expulsion à la suite d'une violence sérieuse, « ad solam vim *atrocem* pertinet hoc inter- « dictum; » mais il suffisait d'une violence morale. Ainsi le possesseur d'un fonds voit venir des hommes armés, il prend la fuite, et ceux qu'il redoutait s'emparent du terrain, il y a *dejectio vi;* mais si, après la fuite du propriétaire, le fonds était occupé par une personne différente de celles dont on avait craint l'attaque, il n'y aurait pas lieu à l'interdit (2).

On ne le donne que pour les immeubles.

Le préteur ne donnait l'interdit *unde vi* qu'à l'occasion des immeubles; pour les meubles, on avait l'action *vi bonorum raptorum* pendant un an, et ensuite l'action *furti*. De plus, on pouvait reprendre la possession des objets mobiliers, par l'interdit *utrubi*, tant qu'on était *major possessione* pendant l'année. Du reste, s'il s'agissait de meubles attachés à un fonds; on pouvait également les réclamer par l'interdit : « Plane si quæ res mobiles sint in fundo « vel in ædibus unde quis dejectus est, etiam earum rerum nomine « interdictum competere non est ambigendum (3). »

Cas où la violence ne donne pas lieu à l'interdit.

Gaïus nous apprend que l'interdit *unde vi* n'était pas donné quand la violence n'était qu'une sorte de représailles : « Per quod « is qui dejecit cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is « qui dejectus est nec vi, nec clam, nec precario possidebat adversus « alterum. Quod si autem vi, aut clam, aut precario possiderit, im- « pune dejicitur (4). » Par cet interdit, celui qui a évincé quelqu'un par violence doit lui rendre la possession de la chose, pourvu que l'évincé n'ait pas lui-même une possession violente, clandestine, ou précaire, vis-à-vis de celui qu'il poursuit. Que s'il possédait par violence, clandestinement ou précairement, il est évincé sans pouvoir se plaindre. Cependant, même dans ce cas, le préteur donnait l'interdit, s'il y avait eu emploi de la *vis armata*, à moins encore que le possesseur ne se fût servi de ses armes immédiatement, *ex continenti*, pour chasser l'agresseur : « Dummodo sciamus non solum « resistere permissum ne dejiciatur, sed etsi dejectus quis fuerit, « eumdem dejicere *non ex intervallo* sed *ex continenti* (5).

L'interdit *unde vi* était donné pendant une année utile contre l'auteur de la violence, soit qu'il eût agi lui-même, soit qu'il eût fait

(1) F. 20, *de vi*. D. 43, 16. = (2) F. 1, § 3, 29.—F. 3, § 6-7, *de vi*. D. 43, 16.—Paul. Sent., liv. V, tit. VI, § 4, 6. Si on avait opéré soi-même la tradition à la suite d'une violence, il y avait lieu à l'action *quod metus causa*, mais non à l'interdit. — F. 5, *de vi*. D. 43, 16. = (3) F. 1, § 6, *de vi*. D. 43, 16. = (4) G. C. IV, § 154-155. — Paul. Sent., liv. V, tit. VI, § 7. = (5) F. 3, § 9, *de vi*. D. 43, 16.

agir les personnes qu'il a sous sa puissance. Il en serait de même s'il avait donné mandat à un homme libre; dans ce cas, on poursuivrait tout à la fois le mandant et le mandataire.

Comme la violence constitue un acte illicite, l'interdit ne passe pas contre les héritiers et contre les autres ayants cause de l'auteur du trouble (1).

Le détenteur condamné dans l'interdit devait rendre la chose avec tous ses accessoires, « cum omni sua causa. » Il fallait également rendre les fruits, ou produits perçus, depuis le moment de l'éviction violente. Enfin, tant qu'il n'y avait pas eu restitution, les risques étaient pour l'auteur de la violence (2). On pouvait revenir à la revendication, après avoir commencé à intenter l'interdit; c'est une règle générale en droit romain. Effets de l'interdit

Tels étaient les principes de la jurisprudence classique. Nous avons vu comment, sous les empereurs chrétiens, on punit les actes de violence, soit qu'ils s'appliquent à sa propre chose, soit qu'on ait enlevé la chose d'autrui (3).

B. *Interdictum de clandestina possessione.*

La possession est clandestine, lorsqu'une personne s'empare furtivement du fonds d'autrui : « Clam possidere dicimus eum qui « *furtive* ingressus est possessionem, ignorante eo quem sibi con- « troversiam facturum suspicabatur, et ne faceret timebat (4). » Celui-là possède clandestinement, qui prend furtivement la possession à l'insu de la personne dont on devait prévoir et redouter l'opposition. On avait alors, pour reprendre la possession, un interdit *de clandestina possessione,* mentionné par Julien dans le Fragment 7, § 5, *communi dividundo,* D. 10, 3. Comme l'interdit *unde vi,* il ne s'appliquait qu'aux immeubles, et il était soumis aux mêmes règles générales. Justinien ne s'occupe plus de ce moyen de reprendre la possession, parce qu'on avait admis qu'on la conservait *animo tantum,* jusqu'au moment où l'invasion était connue. A l'époque des Institutes, on est donc encore tenu pour possesseur, malgré la prise de possession clandestine, et on se défendra par une exception contre ceux qui voudraient intenter l'interdit *uti possidetis,* sous prétexte qu'on n'a plus la détention matérielle. Notion de la possession clandestine.

C. *Interdictum de precario.*

Nous avons expliqué les principes du *precarium,* comme appendice du commodat (5). Lorsque le maître veut reprendre la posses-

(1) F. 1, § 48. — F. 3, pr., *de vi.* D. 43, 16. — F. 3, § 10, *uti possidetis.* D. 43, 17. = (2) F. 4, § 31, 40, *de vi.* D. 43, 16. — L. 4, Cod., *unde vi,* 8, 4. = (3) Pour l'action criminelle dirigée contre les auteurs de la violence, V. Paul. Sent., liv. V, tit. XXVI, § 1-2-3 — *Ad legem Juliam de vi publica.* D. 48, 6, *ad leg. Juliam de vi privata.* D. 48, 7. = (4) F. 6, pr., *de possessione.* D. 41, 2. = (5) V. *supra,* page 100.

sion de sa chose, on lui donne, soit l'interdit *de precario,* soit l'action *in factum præscriptis verbis* (1). L'interdit était restitutoire, car le détenteur précaire avait réellement la *possessio*, et si l'on trouve des textes dans lesquels on suppose que le concédant possède encore, c'est uniquement une fiction qui a pour but de lui faciliter les moyens d'agir contre les tiers (2). Après quelques hésitations, on donna l'interdit même contre les héritiers de celui qui avait reçu le précaire, du moins jusqu'à concurrence de ce qui était venu en leur pouvoir : « Habitantis precario heredes, ad restituendum habi« taculum teneri, contra eos *interdicto* proposito, manifeste decla« ratur. » Dans la condamnation, on obligeait le détenteur à rendre la chose avec les fruits perçus, à partir du jour de la demande (3).

D. ***Interdictum momentariæ possessionis.***

Il y a sur l'interdit *momentariæ possessionis* des avis diamétralement opposés :

1er système. 1° Suivant certains auteurs, les constitutions impériales avaient établi une *action momentariæ possessionis,* qui, sans abolir les anciens interdits, permettait de s'en passer. Mais M. de Savigny fait remarquer que cette opinion est combattue par tous les textes de la compilation justinienne, car ils constatent formellement que les anciens principes des interdits étaient restés en vigueur (4).

2e système. 2° D'autres jurisconsultes supposent que l'interdit *momentariæ possessionis* avait été introduit pour protéger un possesseur dépouillé sans violence et en son absence. Si celui qui avait été ainsi spolié a laissé écouler l'année sans employer l'interdit *utrubi*, ou *uti possidetis*, s'il ne cherche pas même à rentrer en possession, ce qui aurait fait du détenteur récalcitrant un possesseur violent, on lui donne cependant l'interdit *momentariæ possessionis* pour reprendre sa chose. Cette institution daterait des empereurs *juniores*, car c'est dans les textes de Constantin que l'on commence à trouver la mention de cette *momentaria possessio* (5).

La loi 8, § 1, *de jurisdictione*, Code Théodosien, liv. II, tit. I, constate formellement l'existence de l'interdit *momentariæ possessionis,* en déclarant qu'il n'est pas assez important pour être jugé par le gouverneur lui-même, et qu'on doit en déléguer la connaissance aux magistrats inférieurs, par exemple, aux magistrats municipaux : « Momentariæ etiam possessionis *interdictum*, quod non « semper ad vim publicam pertinet vel privatam... abacti etiam

(1) F. 2, § 2, *de precario.* D. 43, 26. = (2) F. 4, § 1. — F. 15, § 4, *de precario.* D. 43, 26. = (3) L. 2, Cod., *de precario*, 8-9. — F. 8, § 4, *de precario.* D. 43, 26. = (4) V. M. de Savigny, *Traité de la possession*, page 532. — Cf. L. 8, 11, Cod., *unde vi*, 8, 4. = (5) L. unic., Cod., *si per vim vel alio modo*, 8, 5. Cette opinion a été encore établie par M. Jules Crémieu, docteur de la faculté d'Aix, et adoptée par M. Étienne dans ses *Institutes*. Nous pensons que c'est le système le plus exact.

« animalis causa proponitur. » Comme il s'agit ici de déterminer des règles de compétence, on ne peut pas supposer que les mots *interdictum momentariæ possessionis* aient été placés dans la loi comme une locution sans importance.

Avant cette création, le possesseur dépouillé sans violence devait intenter l'interdit dans l'année, et s'il ne l'avait pas fait, il était réduit à employer la *rei vindicatio*, ce qui donnait au spoliateur le beau rôle de la procédure, celui de défendeur. On pensa qu'il fallait venir au secours du propriétaire, même négligent, parce qu'il était encore plus digne de faveur que celui qui s'était mis en possession contrairement au droit; mais cependant on décidait qu'il y aurait alors restitution *sine pœna*. Pourquoi on admit l'interdit.

Cette manière de voir est confirmée par la loi 1, au Code Théodosien, *unde vi*, liv. IV, tit. XXII : « *Sed post elapsa quoque spatia* recuperandæ possessionis legibus præstituta, litigium eis inferentibus « largiri conveniet, ut eos momentariæ perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset. » Il s'agit ici d'esclaves auxquels on permet d'agir, même en l'absence de leur maître (1).

Voici comment il faut résumer cette opinion : les anciens interdits continuent à exister, et même, avec le temps, l'interdit *unde vi* est étendu aux meubles; mais quand on perd la possession sans qu'il y ait eu violence, et pendant qu'on est absent, on peut la reprendre par une action spéciale, qui fut probablement établie à l'époque de Constantin. Cette action est accordée en dehors des délais établis pour intenter les interdits *uti possidetis*, ou *unde vi*, et c'est à ce moyen d'agir qu'on a donné le nom d'*interdictum momentariæ possessionis*. Résumé des raisons qui établissent l'existence de l'interdit.

3° On a enfin soutenu qu'il n'y avait pas d'interdit spécial appelé *interdictum momentariæ possessionis*; que ces mots, appliqués d'abord à tout interdit récupératoire, indiqueraient simplement dans les textes une possession provisionnelle; et alors tout ce qu'on veut rattacher à l'interdit *momentariæ possessionis* ne serait qu'une série d'extensions données à l'interdit *unde vi*, soit pour la durée de l'action, soit pour les personnes qui pourraient agir, soit enfin pour l'invasion sans violence. 3e système.

CHAPITRE II.

APPLICATION DES INTERDITS AUX CHOSES INCORPORELLES ET A LA QUASI JURIS POSSESSIO.

Sommaire. — 1. *On considère l'usage des droits comme une* quasi possessio. — 2. *Application aux servitudes des interdits utiles ou d'interdits spéciaux.*

A l'époque où le droit romain prit son développement scientifique, on ne pouvait pas avoir la pensée d'appliquer les interdits posses-

(1) Add. liv. 4, Cod. Theod., *unde vi*, 4, 22. — L. 6, Cod. Theod., *de denuntiatione*, 2, 4.

soires aux choses incorporelles, puisqu'elles n'étaient pas susceptibles d'appréhension matérielle; aussi les textes portent-ils : « Quia « nec possideri intelligitur *jus incorporale* (1). » Avec le temps, on considéra l'exercice de certains droits comme constituant une sorte de possession indiquée par une terminologie assez vague; les Romains arrivèrent à dire qu'il y avait *quasi possessio*, qu'on était *quasi in possessione*, et nous avons vu que Gaïus, indiquant le but des interdits, s'exprime ainsi : « Cum de possessione aut *quasi possessione* inter aliquos contenditur (2). »

Notion de la *quasi juris possessio.*

Interdits qu'on y applique.

Dans le cas de quasi-possession, tantôt on donnait par extension, comme actions utiles, les interdits qui existaient déjà; tantôt, au contraire, on créait des interdits spéciaux, et cela se présente assez fréquemment pour les *servitutes prædiorum rusticorum* : on peut citer comme exemples les interdits *de itinere actuque privato, de rivis, de aqua quotidiana et æstiva*, etc., etc.

Pour les servitudes qu'on appelle personnelles, comme l'usufruit, l'usage ou l'habitation, on donne tous les interdits *retinendæ vel recuperandæ possessionis* comme interdits utiles; mais ce caractère n'ayant plus d'importance à l'époque de Justinien, où les *judicia* sont tous *extraordinaria*, les textes ne distinguent plus les interdits utiles des interdits directs (3). Malgré les extensions nombreuses mentionnées dans les textes, on s'est demandé si, à l'époque de la jurisprudence classique, il était permis d'invoquer les interdits utiles pour toutes les servitudes, ou bien s'il fallait employer l'action *confessoria* ou *negatoria* pour celles que le préteur n'avait pas mentionnées dans son édit. Ainsi, pour les servitudes *altius tollendi vel non, prospiciendi, tigni immittendi*, etc., pouvait-on employer l'interdit *uti possidetis utile?* Beaucoup d'auteurs, comme MM. de Savigny, Vangerow, Étienne, Crémieu, refusent d'appliquer d'une manière générale aux servitudes *prædiorum rusticorum* l'*interdictum utile uti possidetis*. Dans leur opinion, toutes les fois que le préteur n'a pas spécialement attaché un interdit à une servitude, il faut recourir aux actions confessoires ou négatoires.

Le système contraire est soutenu par M. Muhlenbruck, n° 297, et M. Ortolan, qui se fondent sur le F. 20, *de servitutibus*, D. 8, 1. « Ego puto, dit Javolenus, usum ejus juris pro traditione posses- « sionis accipiendum esse; ideoque et *interdicta veluti possessoria* « constituta sunt. » Je pense, dit Javolenus, que l'usage de ce droit doit être assimilé à la tradition de la possession; et c'est pour cela

(1) F. 1, § 27, *de usucapionib.* D. 41, 3. = (2) F. 3, § 17, *de vi.* D. 43, 16. — F. 23. § 2, *ex quibus causis majores.* D. 4, 6. — F. 10, *si servitus vindicetur.* D. 8, 5. — G. C. IV. § 139. — F. Vatic., § 90-91. = (3) F. 4, *uti possidetis.* D. 43, 17. — F. 3, § 13, 16, *de vi.* D. 43, 16.

qu'on a établi les interdits quasi-possessoires (1). Nous croyons cependant qu'il ne faut pas entendre ce texte d'une manière trop générale; les *servitutes prædiorum rusticorum* ont souvent un caractère de discontinuité qui ne permettrait pas de considérer le plaignant comme ayant une possession suffisamment caractérisée; nous arrivons donc à dire, comme conclusion, que pour certaines servitudes rustiques le préteur avait donné, ou des interdits spéciaux, ou des interdits utiles; mais que dans les cas non prévus par l'édit, il fallait recourir aux actions confessoires et négatoires (2).

Pour les servitudes urbaines, bien que les textes soient muets, on admet généralement qu'on peut intenter l'interdit *uti possidetis utile;* cette opinion s'explique par le caractère de continuité de ces servitudes, puisqu'elles durent tant que l'adversaire n'a pas fait d'actes contraires (3).

CHAPITRE III.

PROCÉDURE SUIVIE DANS LES INTERDITS.

Sommaire. — 1. *Procédure dans les interdits simples*, cumpœna ou sine pœna. — 2. *Procédure dans les interdits doubles* (4).

Cette partie de la théorie des interdits ne mérite d'attirer l'attention que sous le système formulaire; à l'époque de Justinien, il n'y a plus à distinguer entre les diverses manières de procéder.

§ 8. De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere : nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia), non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si *utilis* actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Il est superflu de s'occuper maintenant de l'ancienne procédure des interdits; car toutes les fois qu'on juge *extra ordinem*, comme cela a lieu actuellement, il est inutile de recourir à un interdit, mais on juge comme si une action utile avait été donnée à l'occasion d'un interdit. Instit. liv. IV, tit. XV.

A l'époque même du système formulaire, la *vocatio in jus,* les preuves, les plaidoiries et la sentence n'avaient rien de spécial dans les interdits. Pour la compétence, on agissait autrefois au domicile du défendeur; sous le système des *judicia extraordinaria*, on poursuit au lieu de la situation de l'immeuble (5).

Ce qu'il y avait de particulier pour les interdits touche à la rédaction de la formule, à la constitution du défendeur et à l'évaluation de la condamnation. Nous n'avons sur ce point que les renseignements conservés par Gaïus, et encore le texte est-il coupé par de nombreuses lacunes.

(1) Cf. Ducaurroy, nº 1184.— M. Pellat, dans son *Traité sur la rei vindicatio*, introduct., page 70, semble se rattacher au système de M. de Savigny. = (2) M. Crémieu pense qu'on pouvait se servir de l'interdit *de precario*, si un voisin avait bâti sa maison de telle ou telle manière à la suite d'un *precarium*. Arg. F. 2, § 3. — F. 5, *de precario*. D. 43, 26. = (3) F. 6, *de servitut. prædior. urbanor*. D. 8, 2. = (4) Cf. Bonjean, t. II, pages 423 à 439. = (5) L. unic., Cod., *ubi de possessione*, 3. 16.

Au point de vue de la procédure, les interdits se divisaient en *interdicta simplicia aut duplicia.*

Interdits simples et doubles.

§ 7. Tertia divisio interdictorum hæc est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est; qualia sunt *omnia restitutoria* aut *exhibitoria :* namque actor est, qui desiderat aut exhiberi, aut restitui, reus is a quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti eum prohibet prætor, in loco sacro, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri (nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat; reus, qui aliquid facere conatur); duplicia sunt, veluti uti possidetis interdictum, et utrubi. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partem sustinet.

La troisième division des interdits est qu'ils sont simples ou doubles: ils sont simples quand l'une des parties demande et que l'autre défend; tels sont tous les interdits restitutoires on exhibitoires; car celui-là est demandeur qui veut que l'on exhibe ou que l'on rende; l'autre plaideur est le défendeur. Dans les interdits prohibitoires, les uns sont simples, les autres doubles. Parmi les interdits simples, on peut citer ceux dans lesquels le préteur défend de faire des travaux snr un terrain sacré, dans un fleuve public ou sur ses rives; celui-là est demandeur qui s'oppose aux travaux, et celui qui veut construire est défendeur; on peut citer comme interdits doubles ceux qu'on appelle *utrubi* et *uti possidetis*. On dit qu'ils sont doubles parce que la condition des plaideurs est la même; on ne peut pas dire que l'un soit demandeur et l'autre défendeur, mais ils jouent tous deux ce double rôle.

Procédure *cum pœna* et *sine pœna*.

En dehors de cette division des interdits, Gaïus fait remarquer que la procédure peut avoir lieu tantôt *cum pœna*, tantôt *sine pœna.*

Gaïus, C. IV.

§ 141. Nec tamen cum quid jusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium; sed ad *judices recuperatoresve itur*, et tum ibi editis formulis quæritur, an aliquid adversus prætoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit; et modo *cum pœna agitur*, modo *sine pœna :* cum pœna, velut cum per *sponsionem* agitur; sine pœna, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet : ex restitutoriis vero vel exhibitoriis, modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quæ arbitraria vocatur.

Lorsque le préteur a ordonné ou défendu de faire une chose, tout n'est pas terminé; mais on va devant le juge ou les récupérateurs, et là, après avoir remis les formules, on examine s'il a été fait quelque chose contrairement à l'ordre du préteur, ou si on n'a pas fait ce qu'il avait ordonné; et tantôt on agit avec l'adjonction d'une peine, tantôt sans cette adjonction: avec une peine quand on procède par *sponsio*, sans peine quand on demande un arbitre. A la vérité, dans les interdits prohibitoires, on agit toujours avec une peine; dans les interdits restitutoires ou exhibitoires, on agit, soit par *sponsio*, soit par la formule qu'on appelle arbitraire.

PREMIÈRE CLASSE. — INTERDITS SIMPLES.

Dans ces interdits on peut à son choix agir par *sponsio* ou par la formule arbitraire; mais il faut avoir soin de demander l'arbitre avant de terminer la procédure *in jure*.

§ 164. Observare debet is qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat ante-

Celui qui veut demander un arbitre doit avoir soin de le faire avant de ter-

quam ex jure exeat, id est antequam a prætore discedat; sero enim petentibus non indulgebitur.

§ 165. Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de jure exierit, *cum periculo res* ad exitum perducitur; nam actor provocat *adversarium sponsione*, si contra edictum prætoris non exhibuerit aut non restituerit. Ille autem adversus sponsionem adversarii *restipulatur :* deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille huic invicem restipulationis. Sed actor sponsioni *vel ejus formulæ subjicit et* aliud judicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur.

miner la procédure *in jure*, c'est-à-dire avant de quitter la présence du préteur; car on ne vient pas au secours de ceux qui demandent cela trop tard.

Donc, si on n'a pas demandé d'arbitre, et qu'on soit sorti de la procédure *in jure* sans rien dire, le procès se terminera avec danger pour le perdant; car le demandeur provoque le défendeur à faire une *sponsio* pour le cas où il n'a pas exhibé ou restitué selon l'ordre du préteur. Le défendeur, à son tour, fait une *restipulatio*. Puis, le demandeur oppose à son adversaire la formule de la *sponsio*, et celui-ci répond en opposant la *restipulatio*. Mais le demandeur ajoute à la formule de la *sponsio* une autre question à juger sur la restitution ou l'exhibition de la chose, afin que s'il triomphe dans la *sponsio* et qu'on ne restitue pas... *Sponsio et restipulatio.*

Du reste, même dans le cas de la formule arbitraire, le demandeur était exposé, comme dans tous les cas, à être poursuivi par le *judicium de calumnia* (1).

Quand on procédait par *sponsio*, la cause était jugée par des récupérateurs, qui condamnaient à payer réellement les sommes stipulées; c'était dans cette chance d'avoir à exécuter la stipulation, sans préjudice de la restitution de la chose objet du procès, que se trouvait ce que Gaïus appelle la *pœna*, ou le *periculum*.

Là s'arrête le manuscrit de Gaïus pour les interdits simples.

DEUXIÈME CLASSE. — INTERDITS DOUBLES.

Nous n'avons sur cette procédure qu'un petit nombre de paragraphes de Gaïus; il semble en résulter que dans ce cas on procédait toujours par *sponsio* et *restipulatio*; et comme les deux plaideurs agissaient chacun en qualité de demandeur et de défendeur, il y avait deux *sponsiones* et deux *restipulationes*; ainsi, dans un interdit *utrubi*, Séius aurait dit : Comme demandeur, je te provoque à la *sponsio* de mille sesterces. Titius lui aurait répliqué : Et moi, je te provoque à la restipulation de la même somme. Puis Titius aurait repris : Comme je suis également demandeur, je te provoque à la *sponsio* de mille sesterces; et Séius, en réponse, aurait exigé la *restipulatio*. Ainsi, chacune des parties remplit à la fois le rôle de *reus stipulandi et promittendi*. *Double sponsio, et double restipulatio*

Mais ici il se présentait une difficulté. Dans les interdits doubles, les deux plaideurs disent qu'ils possèdent, cependant la procédure ne peut pas marcher sans qu'il y ait un demandeur et un défendeur; *Licitatio pour déterminer le défendeur à l'interdit.*

(1) G. C. IV, § 163, 175.

il faut que l'un des plaideurs élève une prétention, et que l'autre y réponde. Le préteur avait trouvé un moyen fort ingénieux de trancher la question : il mettait aux enchères le rôle de défendeur avec la possession intérimaire, et celui qui restait adjudicataire garantissait que s'il perdait le procès au possessoire, il payerait à l'adversaire la somme de la licitation; il donnait de plus la caution *pro præde litis et vindiciarum* (1). Après cela on continuait la procédure comme dans les autres litiges, mais les condamnations à prononcer présentaient quelque chose de particulier.

Condamnations prononcées. Supposons d'abord que les récupérateurs prononcent contre celui qui a été vaincu dans la *licitatio possessionis*; on ne peut pas le condamner à rendre la chose, puisqu'il ne la détient pas; mais il subira une double condamnation : on le déclarera débiteur, 1° de la *sponsio* comme demandeur téméraire; 2° de la *restipulatio* comme défendeur téméraire (2).

Si, au contraire, l'issue du procès est défavorable à celui qui avait mis la plus forte enchère pour la possession, il y aura lieu à prononcer contre lui cinq condamnations distinctes : il devra payer : 1° la *sponsio* comme demandeur téméraire; 2° la *restipulatio* comme défendeur téméraire; 3° la somme de la licitation de la possession; 4° les fruits perçus depuis le commencement du procès; 5° enfin il devra rendre la chose elle-même (3).

Pour la reprise de la possession, on donnait aussi quelquefois un *judicium cascellianum sive secutorium*; pour les fruits, il y avait également un *judicium* appelé *fructuarium* (4).

Là cessent nos renseignements sur les interdits sous le système formulaire; ajoutons que, suivant toutes les probabilités, la condamnation pour les interdits exhibitoires et restitutoires n'était pas simplement pécuniaire; on pouvait toujours, quand cela était possible, demander et obtenir la mise en possession de la chose elle-même.

(1) G. C. IV, § 166. = (2) G. C. IV, § 168. = (3) G. C. IV, § 167. = (4) G. C. IV, § 169.

FIN DU DEUXIÈME ET DERNIER VOLUME.

TABLE

INDIQUANT LA PAGE DU VOLUME OU SE TROUVE L'EXPLICATION DE CHAQUE PARAGRAPHE DES INSTITUTES.

FIN DE LA TABLE DES INSTITUTES.

TABLE

ANALYTIQUE ET ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES CONTENUES DANS LE DEUXIÈME VOLUME.

(Les chiffres renvoient à la page.)

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE.

TABLE MÉTHODIQUE DE TOUT L'OUVRAGE

TOME PREMIER

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION HISTORIQUE

DEUXIÈME PARTIE

Explication des Principes du Droit civil romain

LIVRE PREMIER

DE LA CONDITION DES PERSONNES AU POINT DE VUE DU DROIT CIVIL.

TROISIÈME PARTIE

Théorie de la Fortune individuelle

LIVRE PREMIER

MODES D'ACQUISITION ENTRE VIFS, DE LA PROPRIÉTÉ ET DE SES DÉMEMBREMENTS.

LIVRE DEUXIÈME

SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES ET AB INTESTAT

Première partie

Successions testamentaires et fidéicommissaires.

Deuxième partie

Théorie des legs et des fidéicommis à titre singulier.

TOME DEUXIÈME

Troisième partie

Succession ab intestat aux ingénus.

Quatrième partie

Succession testamentaire et ab intestat aux affranchis.

LIVRE TROISIÈME

THÉORIE DES OBLIGATIONS

Première partie

Notions générales. — Sources des obligations.



Deuxième partie

Modalités des obligations.

Troisième partie

Extinction des obligations.



Quatrième partie

Preuves de l'existence ou de l'extinction des obligations.

Cinquième partie

Sanction des obligations.

LIVRE QUATRIÈME

ACQUISITION DU DROIT RÉEL ET DU DROIT PERSONNEL, ENTRE VIFS, A TITRE UNIVERSEL.

QUATRIÈME PARTIE

Des Actions

EXPOSÉ DE LA PROCÉDURE CIVILE CHEZ LES ROMAINS

LIVRE PREMIER

DES ACTIONS DE LA LOI



FIN DE LA TABLE MÉTHODIQUE.

Paris. — Imprimerie de Gustave Gratiot, 30, rue Mazarine.



